

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO  
SECRETARIA**

**EDICTO**

El suscrito Secretario del Tribunal Administrativo de Nariño, por medio del presente notifica a las partes de la sentencias proferida en el proceso **No. 2012-00033 (7108)**

**REF: MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO LABORAL  
RADICACIÓN No. : 2012-00033 (7108)  
DEMANDANTES : JAIME DE JESÚS PORTILLA ROSERO  
DEMANDADOS : CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA  
SISTEMA : ESCRITURAL**

El presente Edicto se fija en lugar público de la Secretaría del Tribunal Administrativo de Nariño, por el término de tres (3) días hábiles, hoy, doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), siendo las ocho (8) de la mañana.



**OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ**  
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

**CERTIFICO:** Que el anterior Edicto permaneció fijado en lugar público de esta Secretaría, desde el doce (12) de septiembre de dos mil veintidós (2022), a las ocho de la mañana (08:00 A.M.) y se desfija hoy catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022), a las seis de la tarde (6:00 P.M.)



**OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ**  
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**  
**Sala Primera de Decisión**

**MAGISTRADO PONENTE: EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS**

Pasto, viernes, dos (02) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

**REF: MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO  
DEL DERECHO - LABORAL

**RADICACIÓN No.** : 2012-00033 (7108)

**DEMANDANTES** : JAIME DE JESÚS PORTILLA ROSERO

**DEMANDADOS** : CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

**SISTEMA** : ESCRITURAL

*Grupo etario: mayor de 18, menor de 60; Sin información de etnia, capacidad diversa, identidad de género.*

**SENTENCIA**

Se decide el *recurso de apelación* interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Mocoa el 31 de mayo de 2018, por medio de la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES PROCESALES**

**1. ACTUACIÓN EN PRIMERA INSTANCIA**

**1.1. Síntesis de la demanda<sup>1</sup>**

El señor **Jaime de Jesús Portilla Rosero**, actuando a nombre propio, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda en contra de la **Nación – Contraloría General de la República**, para que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la **Resolución 0740 de 1 de septiembre de 2011**, por medio del cual, se declaró la insubsistencia del nombramiento en el cargo de «*Gerente Departamental – Nivel Directivo – Grado 01*» que ocupaba el demandante en la Gerencia Departamental del Putumayo de la Contraloría General de la República.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se le ordene a la demandada el reintegro del señor Portilla Rosero al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior jerarquía; se le reconozcan y paguen los salarios, primas, reajustes, aumentos de sueldo, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de desvinculación hasta el momento en que se efectúe su reintegro; y que, para todos los efectos, se declare la inexistencia de solución de continuidad.

**1.2. Hechos**

La parte demandante planteó, en resumen, los siguientes hechos:

<sup>1</sup> Folios 1-56

1. El señor Jaime de Jesús Portilla Rosero fue vinculado al servicio de la Contraloría General de la República mediante Resolución No. 0183 de 15 de febrero de 2011, en el cargo de libre nombramiento y remoción de «Gerente Departamental – Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Putumayo»; cargo del que tomó posesión el 17 de febrero de 2011.
2. Mediante Resolución 0740 de 1 de septiembre de 2011, la Contraloría, haciendo uso de facultades discrecionales, desvinculó del cargo al señor Portilla Rosero.
3. Indica el demandante que, durante su tiempo de vinculación, hubo una mejoría en cuanto a eficiencia y eficacia en la prestación de servicio de la gerencia departamental a la que se encontraba vinculado.
4. En criterio de la parte actora, su desvinculación se debió a la intervención del senador Jorge Eliecer Guevara y de la Contralora General Sandra Morelli Rico en la Comisión Sexta Constitucional el 6 de septiembre de 2011, en la que se pronunciaron respecto del señor Jaime de Jesús Portilla, en el sentido de indicar que no llevó a cabo las actuaciones propias de una investigación que era de resorte suyo, dada una denuncia ciudadana presentada por el Comité Cívico de Puerto Leguízamo (P) en contra del alcalde de dicho municipio.
5. Para la época de presentación de la demanda, se desempeñaba en el cargo de gerente departamental la señora Delia Matilde Monroy de Robles, quien se encontraba supliendo la licencia de maternidad solicitada en enero de 2012 y otorgada a la señora Gloria Nancy Martos Narváez, persona que fue vinculada mediante nombramiento ordinario y alcanzó a estar en el cargo durante, aproximadamente, una semana.

### **1.3. Sentencia de primera instancia<sup>2</sup>**

El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Pasto negó las pretensiones de la demanda, bajo las consideraciones que se pasan a resumir:

En primera medida, determinó que el cargo de gerente departamental que desempeñaba el actor en la Contraloría General de la República era de libre nombramiento y remoción, razón por la que se encuadra en la excepción al sistema de carrera administrativa por tratarse de un empleo que requiere un alto grado de confianza para su desempeño.

En ese orden, consideró que en los cargos de libre nombramiento y remoción, el nominador puede disponer libremente de su provisión y retiro, incluso, sin necesidad de exponer los motivos, facultad discrecional que está dada únicamente para los cargos de esta naturaleza, de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, y que, de todos modos, cuenta con ciertas limitaciones determinadas por la prestación adecuada del servicio público y la salvaguarda del interés general.

Adentrándose en el caso concreto, el juez de primer grado estimó que, por tratarse de un acto de insubsistencia de una persona nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, en principio, este goza de presunción de legalidad; sin embargo, su legalidad puede ser desvirtuada si se demuestra que las razones para retirar al actor fueron diferentes a garantizar el buen servicio.

---

<sup>2</sup> Folios 1630-1652 Cuaderno 4

Indicó que, pese a encontrarse probado el buen desempeño del demandante en su cargo, con base en los informes de autoevaluación de los sistemas de control interno del mes de junio de 2011 y el testimonio de su sucesora en el cargo, ello no es garantía suficiente de estabilidad en cuanto a cargos de libre nombramiento y remoción, toda vez que por ser preponderante el criterio de confianza, el nominador puede disponer el retiro sin necesidad de motivar su decisión, siendo el buen desempeño del cargo, una característica propia del ejercicio de la función pública que no garantiza por sí sola la permanencia en un empleo de esta naturaleza ni prueba la causal de nulidad consistente en la desviación de poder.

Adicionó el *A quo* que, aun habiéndose comprobado el buen desempeño en el cargo por parte del demandante, no demostró que el nombramiento que se efectuó con posterioridad a su retiro desmejoró el servicio o, que afectó la gestión por él realizada durante su vinculación, sin que sea dable tener por cierta tal situación bajo el criterio según el cual, la señora Martos Narváez, nombrada en el mismo cargo el 16 de enero de 2012, salió a disfrutar de licencia de maternidad el 21 de ese mismo mes y, hasta el 27 de abril de ese año, comoquiera que el cargo fue ocupado en la modalidad de encargo por la señora Monroy de Robles, antes del nombramiento de la señora Martos Narváez y con ocasión de la concesión de la licencia, por lo que en todo momento, existió continuidad en la prestación del servicio

Consideró el fallador de primer grado que, respecto del argumento del demandante conforme al cual, su desvinculación de debió a cuestiones políticas entendidas como la intervención del senador Jorge Eliecer Guevara y la contralora Sandra Morelli Rico en la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado el 6 de septiembre de 2011, la comprobación de tales intervenciones no es suficiente para tener por demostrada la desviación de poder, comoquiera que se realizaron con posterioridad a la desvinculación del actor (1 de septiembre de 2011) y, no son prueba fehaciente de la existencia de presiones políticas en la Contraloría, en tanto, precisamente, la intervención del senador estuvo encaminada a poner de presente la falta de gestión de una denuncia suya por parte del órgano fiscal.

De otra parte, desestimó el juez el argumento según el cual, la desviación de poder se comprueba por el vínculo matrimonial existente entre la señora Martos Narváez y el diputado José Fabián Gómez Gómez, toda vez que la existencia de dicha relación filial no es suficiente para determinar la presencia de intereses políticos en el nombramiento de la gerente departamental.

En ese orden de ideas, estimó que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria que le competía a la hora de acreditar que la demandada se desvió de los propósitos que planteó la ley al establecer la facultad discrecional y, por el contrario, sus cargos se basaron en apreciaciones subjetivas.

En síntesis, el juzgador de primera instancia declaró probada la excepción denominada por la Contraloría como «inexistencia de causal de nulidad del acto atacado», y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

#### **1.4. El recurso de apelación**

En desacuerdo con lo resuelto por el *A quo*, la parte demandante sustentó el recurso de apelación bajo los siguientes criterios:

Considera que en los casos de declaratoria de insubsistencia resultante del ejercicio de la facultad de discrecionalidad con la que cuenta la administración, se presenta una gran dificultad a la hora de presentar pruebas directas sobre las verdaderas causas que motivan la decisión de retiro, toda vez que los nominadores tienen la prevención de no dejar evidencia de los constreñimientos ejercidos y sus motivaciones reales; razón por la que es fundamental tener en cuenta y valorar la prueba indiciaria.

Adicionalmente, defendió que la facultad discrecional no es absoluta, ni puede ser arbitraria, por lo que cuenta con 3 limitantes a saber: **i)** debe estar autorizada en la norma, en este caso, el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968; **ii)** debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza; y, **(iii)** debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Indicó que no se debe confundir el motivo con la motivación del acto administrativo, en tanto el primero es la causa o hecho determinante que existe al momento de expedición y, la segunda, es la justificación contenida en el mismo acto respecto de los motivos.

Precisó que, en el caso concreto el demandante fue nombrado en el cargo de gerente departamental de la Contraloría tras superar un proceso de selección adelantado por la empresa PSA CONSULTORES Y CIA, y, que durante los 6 meses y 20 días en los que desempeñó el cargo, lo hizo de manera ejemplar, al punto que la gerencia se posicionó en el lugar 7º, luego de haberla recibido ocupando el lugar 13.

Reiteró que fueron los pronunciamientos hechos por el senador Jorge Eliecer Guevara y la contralora general Sandra Morelli Rico ante la Comisión Sexta Constitucional, el 6 de septiembre de 2011, los que motivaron su declaratoria de insubsistencia, la que fue comunicada al día siguiente.

Frente a este último aspecto, enunció que le fue endilgada una supuesta falta de gestión respecto de una denuncia instaurada por el senador precitado, hechos por los que la contralora le atribuyó enteramente la culpa; no obstante, no tuvo incidencia en tal omisión o falta de acción, por cuanto no era de su competencia y, por ende, remitió las diligencias ante la dependencia encargada de manera oportuna.

Estimó que quedó acreditado que la persona que fue nombrada en su lugar, es decir, la señora Gloria Nancy Martos Narváez era la esposa de un diputado de la Asamblea Departamental del Putumayo.

Consideró que, fueron los anteriores argumentos los motivos de los que se sirvió la contralora para declarar la insubsistencia del nombramiento en el cargo, especialmente, para entregarle al senador Guevara, -en palabras del demandante-, «un chivo expiatorio», con el fin de justificar la falta de gestión respecto de su denuncia. En criterio de la parte actora, los anteriores motivos fueron expresados públicamente y, por ende, se predica procedente la declaratoria de nulidad del acto administrativo acusado, sin que sea relevante que la intervención del senador y la contralora general se hiciera con posterioridad a la fecha de expedición del acto, toda vez que el mismo aún no había sido comunicado al demandante, por lo que, hasta ese momento, le resultaba inoponible.

Concluyó que el juez de primera instancia contaba con acervo probatorio suficiente para comprobar, además de los anteriores motivos, la necesidad existente por parte de la entidad demandada de «*satisfacer apetitos políticos*», en tanto se nombró, como se dijo, a la esposa de un diputado, que a la postre, salió a disfrutar de una licencia de maternidad. Razones estas que llevan al recurrente a considerar que, ciertamente, el acto administrativo está viciado de nulidad por falsa motivación y desviación de poder.

## **2. ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA**

### **2.1. Admisión del recurso**

Mediante auto de 4 de diciembre de 2018<sup>3</sup> se admitió el recurso de apelación, y, con providencia posterior, de 13 de marzo de 2019<sup>4</sup>, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que emita el concepto respectivo.

No obstante, con providencia de 22 de noviembre de 2019<sup>5</sup>, la Sala Unitaria declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda de 28 de noviembre de 2012; decisión que fue revocada por la H. Magistrada Beatriz Isabel Melodelgado Pabón mediante providencia de 13 de marzo de 2020, dentro del trámite del recurso de súplica.

### **2.2. Alegatos de conclusión**

#### **- Demandante**

Guardó silencio.

#### **- Contraloría General de la Nación<sup>6</sup>**

Sustentó sus alegaciones finales en expresar su acuerdo con la decisión adoptada en primera instancia.

Adicionalmente, defendió la legalidad del acto administrativo acusado, en tanto se profirió con arreglo a la facultad discrecional que le asistía a la Contraloría General de proveer o remover del empleo al gerente departamental, comoquiera que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción que requiere la acreditación de un alto grado de confianza.

Añadió que no se probó que con la desvinculación del actor se generó una desmejora en el servicio, ni que los motivos para declararlo insubsistente tuvieron que ver con presiones políticas expuestas en la Comisión Sexta Constitucional en sesión llevada a cabo con posterioridad a la expedición del acto administrativo.

#### **- El Agente del Ministerio Público, guardó silencio.**

---

<sup>3</sup> Folio 1168

<sup>4</sup> Folio 1670

<sup>5</sup> Folios 1688-1689

<sup>6</sup> Folios 1672-1689

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

### II.1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 133 del Código Contencioso Administrativo<sup>7</sup>, esta Corporación es competente para decidir el asunto, por tratarse del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Mocoa.

Se procede entonces, a resolver la alzada interpuesta por el apoderado de la parte demandante, en relación con los aspectos que le fueron desfavorables y según los reparos concretos formulados por el apelante, con arreglo de lo previsto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil<sup>8</sup>.

De igual manera, se considera que los presupuestos procesales para resolver de mérito se encuentran reunidos, por lo que no hay, entonces, inconvenientes de ninguna naturaleza ni existen causales de nulidad que invaliden lo actuado.

### II.2. Problema jurídico

De acuerdo con los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, corresponde a este Tribunal definir:

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

### II.3. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción

El Artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

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

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

(...)

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

Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, establece:

---

<sup>7</sup> Hoy, artículo 153 de la Ley 1437 de 2011

<sup>8</sup> Hoy, artículo 328 del CGP

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

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

«7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

(...)

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

(...)

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

*puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma.*

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

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

«ARTÍCULO 1º. Objeto de la ley.

(...)

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

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

Y el artículo 5º *ibídem*, preceptúa:

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

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

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

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

*En la Administración Central del Nivel Nacional:*

*Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero,*

*Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; (...); Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.*

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

*«ARTÍCULO 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:*

*a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;*

*(...)*

*PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.»*

Respecto de la facultad con la que cuenta la administración para disponer discrecionalmente sobre la vinculación y retiro en atención al grado de confianza exigido para el ejercicio de un cargo específico, ha dicho el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia<sup>9</sup>:

*«(...)*

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

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

***Sobre este particular, vale la pena señalar, que al nominador le está permitido respecto de estos empleos disponer libremente su provisión y***

<sup>9</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020).

**retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.**

*En armonía con el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, ha identificado<sup>10</sup> como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.»*

A su turno, el artículo 36 del CCA –hoy en día Artículo 44 del CPACA- establece que, en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser «adecuada» a los fines de la norma que la autoriza y «proporcional» a los hechos que le sirven de causa; lo que, a voces del Consejo de Estado, «supone que debe existir una razón para adoptar la decisión, fundada en normas jurídicas y en hechos reales y ciertos, lo cual hace que la discrecionalidad tenga como medida la «razonabilidad», y ello, de suyo, comporta un límite a la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción»<sup>11</sup>.

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

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

*Vicecontralor*

*Contralor Delegado*

*Secretario Privado*

*Gerente*

**Gerente Departamental**

*Director*

*Director de Oficina*

*Asesor de Despacho*

*Tesorero*

---

<sup>10</sup> Sentencia T-372 de 2012.

<sup>11</sup> Ibídem

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

*En todo caso son cargos de libre nombramiento y remoción:*

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

#### **II.4. De las pruebas relevantes y su contenido**

En el presente asunto se encuentran probados los siguientes hechos relevantes para resolver la *litis*:

- 1.** Mediante oficio de 12 de diciembre de 2011, notificado el 19 del mismo mes y año, la Gerencia de Talento Humano de la Contraloría General de la República puso en conocimiento del señor Jaime de Jesús Portilla Rosero el informe de evaluación realizado por la empresa PSA Consultores<sup>12</sup>, según el cual, sus características personales eran compatibles con cargos directivos<sup>13</sup>.
- 2.** Con Resolución 0183 de 15 de febrero de 2011, la Contraloría General de la República efectuó el nombramiento ordinario del señor Portilla Rosero en el cargo de «Gerente Departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Putumayo»<sup>14</sup>; Cargo del que tomó posesión mediante acta de 17 de febrero de 2011<sup>15</sup>.
- 3.** Mediante oficio de 11 de abril de 2011, la directora de atención ciudadana de la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana remitió ante el contralor departamental, por competencia, la denuncia instaurada por el senador Jorge Eliecer Guevara ante la Contraloría General de la República, en virtud de denuncia, a su vez formulada por el presidente del Comité Cívico de Puerto Leguizamo (P), frente a las actuaciones adelantadas por el órgano fiscal respecto de hallazgos de tipo penal, fiscal y disciplinario advertidos en auditoría realizada a ese municipio en la vigencia 2009; por viáticos excesivos en favor de un concejal; y, para que se realice la revisión de un proceso contractual de demolición de una galería que comprometía vigencias futuras por un valor de \$1.500.000.000<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Folio 59 y 652

<sup>13</sup> Folio 60

<sup>14</sup> Folio 61

<sup>15</sup> Folio 62 y 656

<sup>16</sup> Folio 70 y 806

**3.1.** Dentro del trámite anterior, la Contraloría General del Putumayo llevó a cabo las siguientes actuaciones<sup>17</sup>:

- El 3 de mayo de 2011 se solicitó información al alcalde de Puerto Leguízamo (P), relacionada con la disponibilidad presupuestal para la ejecución de la primera etapa del proyecto de infraestructura física – adecuación, remodelación y ampliación de la plaza de mercado de Puerto Leguízamo.
- El 9 de mayo de 2011 se solicitó información al alcalde y al Concejo de Puerto Leguízamo, respecto de los viáticos pagados a los concejales.
- El 16 de mayo de 2011, la directora de vigilancia fiscal de la Contraloría trasladó por competencia la denuncia al contralor departamental del Putumayo<sup>18</sup>.
- El 13 de junio de 2011, el vice-contralor general informó al senador Manuel Virguez que la denuncia se encontraba siendo tramitada por la Contraloría Delegada para la participación ciudadana<sup>19</sup>.
- El 19 de julio de 2011 se solicitó información al municipio relativa al contrato suscrito para la ejecución de la primera etapa del proyecto de adecuación, remodelación y ampliación de la plaza de mercado; actas de reuniones con los arrendatarios de los locales afectados; y, los decretos relacionados con los viáticos del alcalde.
- El 2 de agosto de 2011 se requirió por segunda vez la información solicitada el 19 de julio de 2011.
- El 23 de agosto de 2011 se solicitó ampliación de la información relacionada con los viáticos. Igualmente, se ofició al Banco Popular para que certifique movimientos de la cuenta corriente de la Unión Temporal «Construplaza».
- El 25 de agosto de 2011, la directora de vigilancia fiscal de la Contraloría le informó al Comité Cívico que la denuncia se encontraba siendo tramitada por dicha dependencia<sup>20</sup>.
- El 13 y 14 de septiembre de 2011 se requirió nuevamente la información solicitada con oficio de 23 de agosto, toda vez que se había remitido incompleta.
- El 26 de septiembre de 2011 y el 11 de enero de 2012 se requirió a «SATENA» – Bogotá para que certifique sobre la utilización de tiquetes aéreos por parte del alcalde.
- El 6 de octubre de 2011 se ofició al Banco Popular para que expida copia de los cheques girados desde la cuenta de «Construplaza»; así como se ofició a la representante legal de la unión temporal para que informe el destino de los recursos que le fueron pagados como anticipo.

---

<sup>17</sup> Folios 72-74

<sup>18</sup> Folio 892

<sup>19</sup> Folio 889

<sup>20</sup> Folio 893

- El 9 de octubre y el 21 de diciembre de 2011 se solicitó información a la Gerencia Departamental de Putumayo, comoquiera que se determinó que estaba adelantando investigación por la misma denuncia; gerencia que dio respuesta al requerimiento el 22 de noviembre de 2011, en el sentido de informar que en su dependencia reposaba denuncia remitida por la directora de vigilancia fiscal, relacionada con presuntas irregularidades cometidas por el municipio de Puerto Leguízamo en la ejecución de recursos del SGP, con las que comprometía vigencias futuras con el fin de pagar un empréstito con el Banco Popular por \$1.500.000.000 para la ejecución de la primera etapa de demolición y construcción de la plaza de mercado de ese municipio.
- El 2 de marzo de 2012, los profesionales universitarios de la Contraloría Delegada presentaron los resultados del análisis realizado sobre los hechos materia de denuncia<sup>21</sup>.
- El 14 de agosto de 2013, la directora de vigilancia fiscal de la Contraloría Delegada del Sector Social le informó al Comité denunciante que, se abrió investigación preliminar No. 070 de 2012, que culminó con acta de cierre y recomendación de apertura de responsabilidad fiscal No. 0264 de 25 de junio de 2013<sup>22</sup>.

**3.2.** La denuncia anterior también fue radicada el 1 de julio de 2011 en la Unidad de Participación Ciudadana<sup>23</sup>, y, ante la Gerencia Departamental del Putumayo<sup>24</sup>.

**3.3.** Con oficio de 17 de agosto de 2011, la directora de vigilancia fiscal de la Contraloría Delegada para el Sector Social remitió la denuncia al gerente departamental, Jaime de Jesús Portilla Guerrero, por ser de su competencia<sup>25</sup>. Este, a su turno, la remitió al coordinador de gestión de esa misma gerencia, el 26 de agosto de 2011<sup>26</sup>, quien asignó su conocimiento al profesional universitario, el 29 de ese mismo mes y año<sup>27</sup>. El 27 de diciembre de 2011, la nueva gerente departamental, Delia Matilde Monroy de Robles, presentó informe de las investigaciones realizadas respecto de la denuncia ante la contralora delegada del sector social<sup>28</sup>. Finalmente, según certificado de 18 de febrero de 2014 emitido por la Gerencia Colegiada del Putumayo, durante el periodo comprendido entre el 17 de febrero de 2011 y el 8 de marzo de 2012, la denuncia en cuestión se encontraba asignada a la señora Gladys Erazo Vallejo<sup>29</sup>.

**4.** Por medio de la Resolución 0740 de 1 de septiembre de 2011, la Contraloría General de la República declaró la insubsistencia del nombramiento del señor Portilla Rosero en el cargo atrás identificado, con base en la facultad discrecional establecida en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973<sup>30</sup>; Decisión que fue comunicada al interesado a través de mensaje de datos enviado a su cuenta de correo electrónico institucional, el 7 de septiembre de 2011<sup>31</sup>, misma fecha en que se hizo efectivo el retiro del servicio<sup>32</sup>. No obstante, mediante certificación de 19 de

---

<sup>21</sup> Folio 900 y 904

<sup>22</sup> Folio 895

<sup>23</sup> Folios 72-74

<sup>24</sup> Folio 906-936

<sup>25</sup> Folio 380

<sup>26</sup> Folio 381 y 832

<sup>27</sup> Folio 382 y 883

<sup>28</sup> Folio 903

<sup>29</sup> Folio 514

<sup>30</sup> Folio 64 y 795

<sup>31</sup> Folio 65

<sup>32</sup> Folio 67 y 314

septiembre de 2011, se precisó que el señor Portilla Rosero trabajó hasta el 17 de ese mes y año<sup>33</sup>.

**4.1.** En la misma fecha, la Contraloría expidió la Resolución 0741, aclarada con Resolución 0055 de 6 de enero de 2012, por medio de la cual, encargó como gerente departamental a la señora Delia Matilde Monroy de Robles, en su calidad de profesional universitaria de la Oficina de Control Interno, hasta tanto se posesionara la titular definitiva del cargo<sup>34</sup>.

**5.** El 6 de septiembre de 2011 se llevó a cabo sesión formal en la Comisión Sexta Constitucional del Senado de la República<sup>35</sup>, consignada en Acta 05, en la que intervinieron el senador Jorge Eliecer Guevara y la contralora general Sandra Morelli Rico, en los siguientes términos:

**Senador Jorge Eliecer Guevara** (Dirigiéndose a la contralora general)

«(...)

*Hay una queja en torno a un pequeño pueblito... Puerto Leguízamo – Putumayo, un alcalde que está en una contratación; primero, hizo una obra que no la necesitaba el pueblo como era remodelar la galería...\$700'000.000 no son nada, pero para ese pueblo es mucha plata. Hubo un compromiso de uno de sus funcionarios de ir a visitarlo, llevamos dos meses, creo que fue cuando hablamos, cuando fui a plantear el tema con el presidente del Comité Cívico, allá no ha pasado nada y la gente empieza a no creer en la gestión de la Contraloría, no hay que volver a dejar perder esa fe. Le vuelvo a reafirmar y a pedirle que atienda ese reclamo, que vayan a ver porque la gente está muy triste porque con gran entusiasmo plantearon el tema... remitieron el tema al contralor regional y Usted sabe cómo funciona eso...»*

**Contralora general Sandra Moreno Rico**

*«...Senador Guevara, efectivamente Usted puso esa denuncia, en esa Gerencia no se atendió, se le pidió al gerente que se retirara porque no cumplió con esa obligación y algunas otras y, de todas maneras, ya le pedí a nuestro delegado de participación que por favor vaya al Putumayo, no hay disculpa por no haberlo hecho, confiamos en que lo haría el gerente, no lo hizo, dejó todo quieto y por eso, no se pudo tramitar eso».*

**6.** Según informe de 9 de septiembre de 2011 rendido por la Oficina de Control Interno de la Contraloría General y dirigido a los gerentes departamentales, en el primer semestre del 2011, la Gerencia Departamental del Putumayo ocupó el séptimo puesto de 31<sup>36</sup>.

**7.** El 19 de septiembre de 2011, el señor Portilla Rosero entregó informe de gestión a la señora Delia Matilde Monroy de Robles<sup>37</sup>, en el que indicó, respecto de la denuncia instaurada por el Comité Cívico de Puerto Leguízamo, lo siguiente:

<sup>33</sup> Folio 774 - 781

<sup>34</sup> Folio 345-346, 647 y 859

<sup>35</sup> Folios 88-143 y Exp. Digital: 20Cd folio 90 cuad 1 parte 1

<sup>36</sup> Folios 228-252

<sup>37</sup> Folio 151-216

«Denuncia de Puerto Leguizamo. 2011-25116-82111

*Le denuncia referida de puerto leguizamo sobre el contrato de la plaza de mercado denunciado por el comité cívico y el senador Guevara no fue de conocimiento de la gerencia del Putumayo y jamás a esta gerencia se solicitó ninguna reunión.*

*La denuncia referida solo fue de conocimiento de la Contraloría delegada del sector social Dr. LUZ MIREYA ARDILA ARIZA, según el código 2011EE25343 de 2011-03-30 y de manera tardía fue remitida a la gerencia Putumayo por LUZ AMPARO VILLEGAS DURAN. Directora de Vigilancia Fiscal, según cordis 2011EE62040, radicada el 22 de agosto de 2011 según el N° 2721.*

*La gerencia Putumayo actuó con diligencia y con carácter inmediato se asignó al grupo de Vigilancia fiscal el día 26 de agosto de 2011 según el oficio 0907.*

*Se aclara que la Denuncia referida fue trasladada a la CONTRALORÍA DEPARTAMENTAL DEL PUTUMAYO, y NO A LA GERENCIA DPTAL DE LA CGR PTYO. Según oficio cordis 2011EE25343 del 11-04-2011 de la dra. LUZ MIREYA ARDILA Directora de atención Ciudadana y dirigida al presidente del Comité Cívico de Puerto Leguizamo señor JAVIER SUAREZ GARZON».*

**8.** Mediante Resolución 1123 de 26 de diciembre de 2011, aclarada por Resolución 0071 de 11 de enero de 2012, la Contraloría General de la República efectuó el nombramiento ordinario de la señora Gloria Nancy Martos Narváez en el cargo de «Gerente Departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Putumayo»<sup>38</sup>; Cargo del que tomó posesión mediante actas de 11 y 16 de enero de 2012<sup>39</sup>.

**8.1.** Con Resolución 0157 de 30 de enero de 2012, se nombró a la señora Delia Matilde Monroy de Robles para suplir la vacancia temporal por licencia de maternidad concedida con Resolución 0070 de 2012<sup>40</sup>, en favor de la señora Martos Narváez, a partir del 21 de enero de 2012 hasta el 27 de abril de ese año<sup>41</sup>; Cargo del que tomó posesión el 31 de enero de 2012<sup>42</sup>, y fue desvinculada el 23 de octubre del mismo año<sup>43</sup>.

**8.2.** En audiencia llevada a cabo el 3 de diciembre de 2013, se escuchó el testimonio de la señora Gloria Nancy Martos Narváez<sup>44</sup>, quien respecto de su nombramiento como gerente departamental de la Contraloría del Putumayo, señaló:

*«CONTESTÓ. Yo ingresé a trabajar la Contraloría el día 11 de enero de 2012, como Gerente de la Gerencia Departamental, a mí quien me hizo la entrega de la Gerencia fue la Dra. Delia Monroy, y dado que anteriormente quien le hizo la entrega fue el Dr. Jaime Portilla, quien había sido declarado insubsistente con fecha anterior que no lo sé, en el momento que me hacen entrega de la Gerencia*

<sup>38</sup> Folio 341, 343, 587-589, 789-790, 859 y 861

<sup>39</sup> Folio 346, 619, 855, 860 y 862

<sup>40</sup> Folio 349, 649, 856 y 863

<sup>41</sup> Folio 397-398, 632 y 791

<sup>42</sup> Folio 348, 650 y 857

<sup>43</sup> Folio 639

<sup>44</sup> Folios 474-475

el equipo de trabajo de la Contraloría, y lo que se podía ver, en cuanto a la posición de la gerencia era que el trabajo que había realizado el Dr. Jaime era eficiente, inclusive a la Gerencia Control Interno hace una calificación cada año de las treinta y dos Gerencias que son, la Gerencia del Putumayo en el año 2010 está en puesto 13 y en año 2011 cuando estuvo laborando el Dr. Jaime el puesto subió al 7, para la época que estuvo el Dr. Jaime, y yo, las funciones eran las de representar la Contraloría en el nivel que es donde están las denuncias de la comunidad, y obviamente se está a cargo de grupo de vigilancia fiscal, y de la dirección administrativa de la Gerencia en lo que delega la Contraloría General, así funcionaba la Gerencia como hasta el mes de marzo del 2012, a partir de esa fecha sale una resolución donde no es una Gerencia Departamental si no una Colegiada, lo cual quiere decir que estaba en cabeza de tres directivos dos Contralores Provinciales y el Gerente, eso es lo que recuerdo hasta el momento, yo trabajé ocho meses, hasta el ocho de octubre de 2012... PREGUNTADO. Durante el tiempo que usted prestó el servicio como gerente departamental de la Contraloría ¿hubo alguna interrupción por licencia? de ser así, indique la razón de la licencia y el periodo de la misma. CONTESTÓ. Sí, licencia de maternidad y el periodo fue el de Ley el cual todo mundo lo sabe. PREGUNTADO. ¿Recuerda usted con cuantas auditorías articuladas encontró a la gerencia departamental del Putumayo al momento de asumir el cargo? CONTESTÓ. Cuántas, exactamente, no recuerdo, pero esa es una de las funciones de la Contraloría, las auditorías, esa es la razón de ser de la Contraloría. PREGUNTADO. En una de sus respuestas anteriores usted nos señaló que quien le entregó la gerencia Departamental del Putumayo de la Contraloría fue la Dra. Delia Monrroy, sírvase decirnos si ella estaba nombrada o en calidad de encargo. CONTESTÓ. La Dra. Delia es una funcionaria nombrada de la Contraloría, y al declarar insubsistente al Dr. Jaime, la nombraron en calidad de encargo. PREGUNTADO. Sírvase manifestar si usted conoce al Diputado José Fabián Gómez Gómez, de ser así, ¿por qué lo conoce y hace cuánto lo conoce? CONTESTÓ. Sí lo conozco, es mi esposo. PREGUNTADO. Para el momento que usted se desempeñó como Gerente Departamental de la Contraloría del Putumayo, ¿el señor José Fabián Gómez Gómez tenía la calidad de Diputado del Departamento del Putumayo? CONTESTÓ. Sí... PREGUNTADO. Dra. Nancy, sírvase manifestar las fechas en las cuales usted laboró como Gerente Departamental de la Contraloría General de la República. CONTESTÓ. Ingresé el 11 de enero de 2011, hasta el ocho de octubre del mismo año. PREGUNTADO. Dra. Nancy, sírvase manifestar, ¿cuáles fueron los motivos de su retiro? CONTESTÓ. Declaratoria de insubsistencia con acto administrativo sin motivación. PREGUNTADO. Dra. Nancy, sírvase manifestar si actualmente usted tiene instaurada una demanda contra la Contraloría General de la República, y las razones de esa demanda. CONTESTÓ. Sí, al declararme insubsistente me encontraba en estado de embarazo, por lo cual tengo instaurada una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.»

## **II.5. El caso *sub examine***

En el caso bajo estudio se controvierte la legalidad de la Resolución No. 0740 de 1 de septiembre de 2011, por medio de la cual, la Contraloría General de la República declaró insubsistente el nombramiento del señor Jaime de Jesús Portilla Rosero como «Gerente Departamental - Nivel Directivo - Grado 01» de la Contraloría Departamental del Putumayo.

En la sentencia recurrida, consideró el *A quo* que no es nulo el acto administrativo acusado, toda vez que, en lo atinente a cargos de libre nombramiento y remoción, el nominador cuenta con la facultad discrecional para disponer sobre la vinculación y el retiro del servidor, teniendo en cuenta el alto grado de confianza exigido para el desempeño de ciertos empleos, y, sin necesidad de motivar su decisión. Del mismo modo, estimó el juez de primer grado que la parte actora no acreditó probatoriamente los argumentos con los que fundamentó las causales de nulidad de falsa motivación y desviación de poder invocadas, siendo ello su carga procesal.

A su turno, consideró la parte apelante que en asuntos como el presente representa una mayor dificultad la acreditación probatoria, por lo que se deben valorar los indicios para demostrar la configuración de las causales de nulidad, que para el caso, están dadas porque la administración desbordó su facultad discrecional y camufló los verdaderos motivos para retirar del servicio al demandante, consistentes en la satisfacción de intereses políticos.

Para resolver el caso concreto, la Sala abordará cada una de las causales de nulidad invocadas, de cara a lo probado dentro del proceso y los parámetros fijados por la jurisprudencia emanada del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo en providencias dictadas en asuntos similares.

### **II.5.1. Falta de motivación - necesidad de motivación**

En cuanto a la motivación del acto administrativo que decide sobre la declaratoria de insubsistencia de un cargo de libre nombramiento y remoción, ha dicho el Consejo de Estado<sup>45</sup>:

*«...la doctrina sostiene que “todo acto administrativo tiene una causa o motivo. La motivación es la expresión de esos motivos en la declaración. Se explica este concepto como que la motivación comprende la exposición de las razones que han llevado al órgano a emitirlo; la expresión de los antecedentes del hecho y de derecho que preceden y justifican la expedición del acto; la relación de los hechos que dan lugar al acto y los fundamentos de derecho en que éste se apoya; es la constancia de que el motivo existe; equivale a los considerandos.”<sup>46</sup>.*

*Así mismo, afirma que “algunos actos se sustraen del requisito de la motivación. Cuando los motivos estén previstos en la disposición que se aplica, o en informe o dictamen anterior; cuando se limiten a aprobar otros que ya han dado cuenta de esos motivos; y por la misma razón se puede omitir tal formalidad de los actos generales y abstractos, como los decretos reglamentarios”<sup>47</sup>.*

**Ahora bien, como se mencionó en el acápite anterior, los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.**

(...)

<sup>45</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020).

<sup>46</sup> El acto administrativo. Juan Carlos Cassagne. 1974. Página 212.

<sup>47</sup> Motivos de Anulación de los Actos Administrativos. Rodrigo Noguera Calderón. 1970. Página 49.

**La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.**

*Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad<sup>48</sup>.*

(...)

*En lo que toca con la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del servidor público, ha considerado esta Sala que ello no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación ni presupuesto para su eficacia. Su omisión no puede, entonces, generar la nulidad del acto sino, a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber.*

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

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

*Sobre el particular, se ha dicho:*

*En el presente caso a pesar de no que no se acreditó la anotación en la hoja de vida de la demandante de los hechos que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Asesora de la Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, tal como lo ha señalado esta Corporación, esta omisión no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que no hace parte del mismo<sup>49</sup>.*

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo - Sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente Número 250002325000201000254-01, No. interno: 1847-2012. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

<sup>49</sup> Sentencia del 2 de marzo de 2017. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez, Expediente. 3686-14.

(...)

*Con respecto al argumento, según el cual, el acto es nulo porque no se dejó constancia de los hechos y las causas que originaron la insubsistencia en la hoja de vida de la actora, la Sala reitera que la exigencia en mención, puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia, y en consecuencia, es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez. De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula<sup>50</sup>.*

(...)

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

Descendiendo al caso que nos convoca, no existe discusión respecto a que el empleo ocupado por el demandante al momento de la expedición del acto administrativo ahora cuestionado, esto es, *Gerente Departamental, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Putumayo*, tenía un carácter ordinario y, por lo tanto, era de naturaleza de libre nombramiento y remoción, lo anterior con base en la normativa aplicable<sup>51</sup> y en los documentos obrantes dentro del expediente que dan cuenta de ello, razón por la que la ausencia de los motivos de la insubsistencia no vicia la decisión de retiro del servicio de un empleado de esta categoría, ya que se trata de un elemento ajeno al acto administrativo que no tiene la virtualidad de afectarlo.

## **II.5.2. Falsa motivación**

Frente a este tópico, ha dicho el Consejo de Estado<sup>52</sup>:

*«La doctrina ha definido la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos<sup>53</sup>:*

*Después de señalar que el vicio en el contenido es un caso de violación de la Ley, agrega que esto puede ocurrir en los siguientes supuestos: a) porque el acto fue dictado contra un precepto de la Ley, o porque al dictarlo la administración consideraba como existente una norma que no existía o viceversa, consideraba como no existente una norma que, en realidad, existía, o porque en la interpretación de la norma jurídica se le da un contenido distinto del que realmente tenía; b) porque si*

<sup>50</sup> Sentencia del 17 de mayo de 2007, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Expediente: 25000-23-25-000-2001-08248-01(0990-05).

<sup>51</sup> Decreto 268 de 2000, «Por el cual se dictan las normas del régimen especial de la carrera administrativa de la Contraloría General de la República», artículo 3°.

<sup>52</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020).

<sup>53</sup> Teoría degli Atti. Ranelletti. Página 330.

*bien la norma jurídica fue correctamente interpretada, se la aplica a un caso que no había contemplado; c) porque la aplicación de una norma jurídica se hace en forma de alcanzar consecuencias jurídicas contrarias a las que ésta quería, se trataría en este supuesto de una falsa aplicación de la Ley.*

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

Frente a este cargo sostiene el demandante que su desvinculación no fue producto del mejoramiento del servicio porque no se tuvo en cuenta su idoneidad profesional y su experiencia en la entidad demandada, así como su gestión destacada durante su vinculación, dado que la decisión de insubsistencia se basó en la intervención del senador Jorge Eliecer Guevara y la contralora general Sandra Morelli Rico en la Comisión Sexta Permanente Constitucional del Senado, en la que le atribuyeron la falta de gestión de una denuncia por malos manejos de recursos en el municipio de Puerto Leguízamo (P) que había instaurado el Comité Cívico de dicho municipio, respecto de la que, en criterio del demandante, nunca existió tal omisión, toda vez que no era de su competencia y por ende, la remitió oportunamente a la dependencia correspondiente.

Al respecto ha de decirse:

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

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

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

No se encuentra en discusión que el señor Jaime de Jesús Portilla Rosero contaba con los requisitos esenciales para desempeñar el cargo de gerente departamental, tal como se demuestra en su correspondiente hoja de vida en la que se indica que es contador público especialista en derecho fiscal y en revisoría fiscal y contraloría, y, que

para el año de su nombramiento como gerente departamental, contaba con 10 años de experiencia como servidor público vinculado a entidades territoriales y de salud<sup>54</sup>, así como que, incluso, durante su gestión posicionó a la gerencia de la que era titular en el puesto 7º de las 31ª de ellas y que sí le dio trámite a la denuncia puesta en conocimiento por el senador Guevara; no obstante, ello no es determinante para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto, tal como lo ha reiterado el Consejo de Estado: «es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta y la excelencia del actor en el ejercicio de su cargo no garantizan su estabilidad, sino que se constituyen en presupuestos naturales del ejercicio del cargo»<sup>55</sup>.

Por su parte, y de conformidad con su hoja de vida, la funcionaria designada por la contralora general para el desempeño de las funciones del empleo antes referido, una vez el demandante fue desvinculado, esto es, la señora Gloria Nancy Martos Narváez, igualmente contaba con los requisitos mínimos, toda vez que es abogada especialista en derechos humanos con 3 años y 8 meses de experiencia como servidora pública<sup>56</sup>.

En ese orden de ideas, no se demostró que con el retiro del señor Portilla Rosero y el posterior nombramiento de la señora Martos Narváez, se haya presentado una desmejora del servicio, en tanto, como se mencionó, esta última cumplía con los conocimientos para ejercer el empleo, además de contar con el tiempo de experiencia profesional exigido, razón por la que no es dable definir una afectación del servicio con ocasión del acto administrativo ahora demandado, comoquiera que se presume que fue expedido con fundamento en supuestos de hecho reales, objetivos, ciertos y en aras del buen servicio público<sup>57</sup>.

Ahora bien, en cuanto al argumento expuesto por el demandante relacionado con que en su reemplazo se nombró a una persona que no garantizó la continuidad del servicio por cuanto, una vez dispuesta en el cargo, salió a disfrutar de licencia de maternidad, aunado a su calidad de cónyuge de un diputado, lo que – en su criterio- desmejoró el servicio por cuanto es un indicio de que la nueva designación obedeció a la necesidad de satisfacer intereses políticos, debe resaltarse lo siguiente:

- i) No existe en el plenario prueba directa que demuestre que la desvinculación del señor Portilla Rosero se hizo con el fin de nombrar en su lugar a la señora Martos Narváez, dada la calidad de cónyuge de la mencionada de un diputado electo para la época, con el fin de atender compromisos políticos, dado que, como se vio, ella contaba con los requisitos mínimos para ser nombrada en el cargo de libre nombramiento y remoción de gerente departamental. Tener por acreditada esta presunta intención oculta como génesis del nombramiento, implicaría asumir que la ciudadana no contaba con un respaldo en su formación académica y profesional para acceder al cargo de confianza para el que fue nombrada y que solo accedió a él por cuenta de un elemento secundario como su estado civil y la

<sup>54</sup> Folio 658 y ss.

<sup>55</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020). Ver también: CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., dos (02) de abril de dos mil veinte (2020). Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-17)

<sup>56</sup> Folio 592 y ss.

<sup>57</sup> Para el efecto observar sentencia emitida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, de 22 de noviembre de 2018, expediente N.º 5037-2016, consejero ponente: William Hernández Gómez.

investidura de su cónyuge, situación que nos pondría en un escenario anacrónico que debe proscribirse del imaginario social.

- ii) Del mismo modo, resultaría discriminatorio tener por sentado que se desmejoró el servicio porque se nombró a una mujer embarazada *ad portas* de dar a luz, quien, a la postre, salió a gozar de su derecho a la licencia de maternidad, toda vez que ello supondría el establecimiento de un requisito ilegal, excluyente y misógino que representaría entender que las mujeres embarazadas que se encuentren en sus últimos meses de gestación, pese a contar con los requisitos legales, no deberían ser vinculadas laboralmente, comoquiera que no pueden integrarse de manera inmediata a la prestación de sus funciones, lo que es a todas luces inconstitucional<sup>58</sup>, bajo el entendido que las mujeres en estado de gravidez cuentan con protección constitucional especial, y, entre sus derechos, se contempla el de «no ser discriminadas por razón de su estado de embarazo»<sup>59</sup>. Siendo así, a la nueva funcionaria no le era exigible más que el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para ocupar el cargo y de ninguna manera, su estado de embarazo y el goce de los derechos de maternidad que este trae consigo, puede constituir indicio de su falta de idoneidad para el desempeño del empleo en cuestión.
- iii) Por otra parte, se comprobó que como resultado de la desvinculación del demandante y mientras se nombraba a la titular definitiva del cargo, así como para suplir la licencia de maternidad otorgada a la señora Martos Narváez, se nombró como gerente departamental encargada a la señora Delia Matilde Monroy de Robles, profesional universitaria de carrera de la Oficina de Control Interno de la Contraloría, quien gozaba de derecho preferencial a tal encargo, sin que el demandante hubiese desvirtuado tal situación, por lo que queda en evidencia que no se probó la desmejora del servicio por cuenta de la no continuidad en el mismo.

### II.5.3. De la desviación de poder

En este ítem, ha definido el Consejo Estado<sup>60</sup>:

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

*Desviación de poder: para determinar este vicio es necesario puntualizar lo que denominamos el elemento psicológico del acto administrativo. Este es el fin del agente administrativo, el fin pensado y querido por éste, o sea, el móvil o deseo que ha inspirado al autor del acto. Sostiene Eisenmann<sup>61</sup> que lo que generalmente llamamos fin del acto es un cierto contenido de la conciencia del agente. No debemos equivocarnos a este respecto. Cuando se habla del fin del acto, se sigue*

<sup>58</sup> Art. 43.- La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.”

<sup>59</sup> Sentencia T-373/98

<sup>60</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., dos (02) de abril de dos mil veinte (2020). Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-17)

<sup>61</sup> Eisenmann. Citado por Julio A. Prat. Op. Cit., página 103.

con ello un atributo del acto en sí mismo considerado, un dato objetivo inherente al acto? (?) (sic).

Por lo tanto, para que se presente la desviación de poder es necesario que el acto de apariencia sea totalmente válido. El acto tiene una máscara de legalidad. Ningún otro elemento ha sido descuidado, pero presenta un fin espúreo (sic)<sup>62</sup> visible al observar los resultados obtenidos. Así, con este vicio se controla lo más íntimo del acto: los móviles que presidieron la actuación de la administración, la intención de ésta. Es la fiscalización de las intenciones subjetivas del agente administrativo.

(...)

En suma, la desviación de poder obedece a la necesidad de someter al principio de legalidad a la administración en todos sus aspectos y con miras a la protección de los particulares ante los abusos de aquella<sup>63</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado en cuanto a este vicio de legalidad, que “demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión”<sup>64</sup>.

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

### **II.5.3.1. La desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional. Carga de la prueba.**

Precisa el Consejo de Estado<sup>65</sup>:

«Según dispone el Artículo 137 del CPACA se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue

<sup>62</sup> El término correcto es: espurio, ria  
 Del lat. spurius.

1. adj. bastardo (|| que degenera de su origen o naturaleza).  
 2. adj. falso (|| fingido).

<sup>63</sup> Causales de anulación de los Actos Administrativos, 1ª Edición. Autores: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posee Velásquez.

<sup>64</sup> Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, de 23 de febrero de 2011, radicado interno No. 0734-10, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.

<sup>65</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., dos (02) de abril de dos mil veinte (2020). Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-17)

*expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico*<sup>66</sup>.

*El Consejo de Estado*<sup>67</sup> *ha señalado que este vicio está referido a la “la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario”. En otras palabras, incurre en desviación de poder cuando el funcionario ejerce sus atribuciones, no en aras del buen servicio público y de la buena marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas, injustos u ocultos.*

*La jurisprudencia de esta Corporación*<sup>68</sup> *también ha indicado, respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por la parte actora, que es a esta a quien le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad el acto acusado; afirmación que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla contenida en el Código General del Proceso*<sup>69</sup> *de que “incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.*

*Como ya se explicó, la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se caracteriza por su inmotivación, decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio*<sup>70</sup>.

**Sobre este particular es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sección<sup>71</sup>, en algunas circunstancias en donde cada parte arguye determinada situación frente al retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción, ha definido que a cada una le corresponde probar dichos supuestos, pero no para implementar la inversión de la carga de la prueba o para hacerla dinámica, sino para reafirmar justamente que quien alega un hecho debe acreditarlo, criterio que acá se reitera.**

*En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en la demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, es necesario*

---

<sup>66</sup> Berrocal Guerrero, Luis Enrique Manual del acto administrativo, Librería ediciones del profesional LTDA. , Bogotá, Colombia, 2014, página 547

<sup>67</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

<sup>68</sup> Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado - Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485?04) (sic).

<sup>69</sup> Artículo 167 del CGP.

<sup>70</sup> Tratándose de la desviación de poder

<sup>71</sup> Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.

*analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos por ella en el recurso de apelación.» (Resalta la Sala).*

Respecto a este cargo, el demandante refiere que la facultad discrecional se ejerció como resultado de la queja expuesta por el senador Jorge Eliecer Guevara el 6 de septiembre de 2011 en sesión formal de la Comisión Sexta Constitucional del Senado de la República, en la que indicó que, hasta ese momento, no se había gestionado por parte de la Contraloría, una denuncia interpuesta por el Comité Cívico de Puerto Leguízamo en contra del municipio, por presuntos malos manejos de recursos públicos y vigencias futuras; ante lo cual, intervino la contralora general Sandra Morelli y endilgó la responsabilidad por tal omisión al gerente departamental, hoy demandante.

En criterio del demandante, fue el anterior episodio el que propició la toma de decisión de su desvinculación; Sin embargo, tal como lo indicó el *A quo*, y atención a la jurisprudencia citada, no se demostró que el mencionado suceso se encontrara en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, toda vez que, la sesión se llevó a cabo el 6 de septiembre de 2011, mientras que el acto administrativo acusado fue expedido el 1 de septiembre de 2011, sin que el hecho de que dicha resolución se haya notificado con posterioridad, el 7 de ese mismo mes y año, constituya prueba suficiente de que la determinación se adoptó con posterioridad a la fecha que se consigna como de expedición.

En otras palabras, la fecha de expedición del acto administrativo es un presupuesto formal que determina desde el momento en que es válido el acto administrativo<sup>72</sup>; Sin embargo, no existe prohibición legal que establezca que dicha data no puede ser previa a la notificación de la decisión. Valga precisar que la actuación procesal de notificación del acto administrativo es la imprescindible para que la decisión surta efectos jurídicos<sup>73</sup>, en este caso, el retiro del demandante, pero la fecha en que se realice el trámite de notificación no tiene que ser el mismo día de la expedición del acto. No hay disposición legal que así lo contemple.

En relación con la vigencia de los actos administrativos, el Consejo de Estado considera que la decisión administrativa contenida en el acto de carácter general o particular es válida desde el momento en que se **expide** (desde que ha sido firmado, aún sin haber sido publicado o notificado, según el caso); Sin embargo, su fuerza vinculante comienza desde que se ha producido la publicación o notificación del acto; por lo tanto, la publicación no constituye un requisito de validez del acto administrativo; se trata simplemente de una condición para que pueda ser oponible a los particulares, es decir, de obligatoriedad. En este evento, se está ante un problema de eficacia de la norma, no de validez; **es un aspecto extrínseco del acto y posterior al mismo**<sup>74</sup>.

En síntesis, el argumento del actor, contrario a demostrar la causal de nulidad de desviación de poder invocada, confirma que la decisión de su desvinculación fue adoptada y cobró validez con anterioridad a la sesión llevada a cabo en el Senado.

---

<sup>72</sup> «La doctrina ha sostenido que existen ciertos elementos esenciales en todo acto administrativo que predeterminan la validez y la eficacia misma del acto; es decir, la competencia de la autoridad administrativa, la voluntad en la expedición, el contenido, la motivación, la finalidad y la forma.

<sup>73</sup> Artículo 72 Ley 1437 de 2011

<sup>74</sup> Concepto 387271 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública, basado en sentencias: Cfr. providencia del 20 de septiembre de 1996, C.P. Dr. Carlos Arturo Orjuela, rad. 8335; Sentencia C-957/99 y, "Derecho Administrativo" del doctor Gustavo Humberto Rodríguez. Ediciones Librería del Profesional. Cita tomada de la Sentencia T-335 de 1993, M.P. Dr. Jorge Arango Mejía.

Otra cosa es que solo resultó eficaz en el momento en que le fue notificada, entendido ello como que, solo en dicho momento, cobró efectos jurídicos y tuvo fuerza vinculante la decisión de retiro, sin que hubiese probado que en la resolución se consignó una fecha anterior con el fin de camuflar que la decisión sí se adoptó con base en lo dicho por el senador y la contralora en dicha audiencia pública.

Adicionalmente, para esta Corporación, la intervención efectuada por la contralora, lejos de ser un argumento que refuerce lo argüido por el demandante, demuestra que ella, en calidad de nominadora, no tenía confianza en el gerente departamental, por lo que, ciertamente, le estaba dado el ejercicio de su facultad discrecional para removerlo de un cargo que exige la acreditación de tal requisito de confianza propio de los empleos como el que ocupaba el demandante. Así lo ha precisado el Consejo de Estado en la jurisprudencia citada a lo largo de esta providencia<sup>75</sup>:

«(...)

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

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

## **II.6. Conclusión**

En el caso que se estudia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante fue adecuadamente utilizada, en tanto y en cuanto, conforme a la prueba obrante en el proceso, no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas por parte de la nominadora, en este caso, la contralora general.

## **II.7. Costas**

No habrá lugar a ello en esta instancia, toda vez que no se advierte actuación temeraria o de mala fe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

---

<sup>75</sup> CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil veinte (2020).. Ver también: CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS. Bogotá, D.C., dos (02) de abril de dos mil veinte (2020). Radicación número: 50001-23-33-000-2014-00024-01(2190-17)

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE NARIÑO**, Sala Primera de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### FALLA

- PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 31 de mayo de 2018 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Mocoa, por las razones expuestas en parte motiva de esta providencia.
- SEGUNDO:** Sin lugar a condenar en costas.
- TERCERO:** **EJECUTORIADO** este fallo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor en el sistema informático «SAMAI».

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en sesión virtual de la fecha según consta en el acta respectiva.



**EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS**  
Magistrado



**BEATRIZ ISABEL MELODELGADO PABÓN**  
Magistrada



**ÁLVARO MONTENEGRO CALVACHY**  
Magistrado