



Tribunal Administrativo de Boyacá

Secretaria

EDICTO

LA SUSCRITA SECRETARÍA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ, POR EL
PRESENTE NOTIFICA A LAS PARTES LA SENTENCIA DICTADA

CLASE DE ACCIÓN	NULIDAD Y RSTABLECIMIENTO DEL DERECHO (LESIVIDAD)
RADICADO	15001-31-33-010-2012-00277-00
DEMANDANTE	MUNICIPIO DE TUNJA
DEMANDADO	MARIA FERNANDA SANDOVAL BORDA
MG. PONENTE	LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
FECHA DE DECISIÓN	26 DE FEBRERO DE 2020

PARA NOTIFICAR A LAS PARTES LA ANTERIOR SENTENCIA, SE FIJA EL PRESENTE EDICTO EN LUGAR PUBLICO DE LA SECRETARIA POR EL TERMINO LEGAL DE TRES (3) DÍAS HÁBILES, HOY **04/03/2020 A LAS 8:00 A.M.**


CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
SECRETARIA T.A.R.I.C.

CERTIFICO: Que el presente EDICTO permaneció fijado en lugar público de la Secretaría del TRIBUNAL, por el término en él indicado, y se desfija hoy **06/03/2020 a las 5:00 p.m.**


REPUBLICA DE COLOMBIA
Tribunal Administrativo
CLAUDIA LUCIA RINCON ARANGO
de Boyacá
SECRETARIA

NOTA: POR ERROR POR ERROR INVOLUNTARIO EN LA ELABORACION DEL EDICTO PARA NOTIFICAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, NUEVAMENTE SE PROCEDE A SU FIJACION A PARTIR DEL 04 DE MARZO DE 2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Sala de Decisión No. 2

Tunja, 26 FEB 2020

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)**
 Demandante : **Municipio de Tunja**
 Demandado : **María Fernanda Sandoval Borda**
 Expediente : **15001-3133-010-2012-00277-00**

Tema: Nulidad de acto de nombramiento de funcionario público que no cumplía requisitos legales para ejercer el cargo.

Magistrado Ponente: Luis Ernesto Arciniegas Triana

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia al no advertir causal de nulidad, conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda (fls. 2-15)

A través de apoderado judicial, el MUNICIPIO DE TUNJA instauró demanda de nulidad y restablecimiento (lesividad) en contra de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, para que se acojan las siguientes:

2. Pretensiones

Solicitó que se ‘revoque’ parcialmente el Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, en lo relativo al traslado de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA del cargo de Secretaria de Despacho código 020 - grado 09 de la Secretaría Jurídica del

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

MUNICIPIO DE TUNJA, al cargo de Jefe de Oficina Asesora código 115 - grado 06 de la Oficina de Control Interno de Gestión del ente territorial en cita.

Asimismo, requirió que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA realizara la devolución de los sueldos devengados *“desde el momento en que se realizó la designación y posesión en el cargo de jefe de oficina Asesora, código 115, Grado 06 de la Oficina de Control Interno de Gestión del Municipio de Tunja”* (fl. 5).

II. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La parte demandante señaló que, a través del Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, el Alcalde del MUNICIPIO DE TUNJA trasladó a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA del cargo de Secretaria de despacho (código 020 - grado 09) de la Secretaría Jurídica del citado ente territorial, al cargo de Jefe de oficina asesora (código 115 - grado 06) de la Oficina de control interno de gestión, a partir del 26 de diciembre de 2011.

Refirió que, posteriormente, mediante oficio N° SA006 del 4 de enero de 2012, se solicitó a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA allegar a la Secretaría Administrativa del municipio *“copia de los documentos aportados para acreditar los requisitos exigidos para tomar posesión en el cargo”* (fl. 3); y que, en respuesta a lo anterior, la hoy demandada había indicado, de un lado, que su historia laboral reposaba en las dependencias del ente territorial desde el 31 de agosto de 2010; y, de otro lado, no era posible revocar actos administrativos de carácter particular y concreto sin haber obtenido previamente el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

En virtud de lo anterior, se indicó que el MUNICIPIO DE TUNJA procedió a verificar la hoja de vida de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA y, mediante Resolución N° 0021 de 7 de febrero de 2012, resolvió *“abrir actuación administrativa tendiente a establecer si la doctora (...) cumplía los requisitos que impone el artículo 8 de la Ley 1473 de 2011 para posesionarse y desempeñar (...) el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno del municipio (...)”* (fl. 4).

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
 Demandante : Municipio de Tunja
 Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
 Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

De forma ulterior, el 10 de febrero de 2012, el MUNICIPIO DE TUNJA citó a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA para que ésta manifestara si autorizaba o no la revocatoria del acto administrativo que la había nombrado, de conformidad con lo previsto por el artículo 73 del CCA. El mismo día, según acta suscrita por las partes, se dejó constancia que la hoy demandada no accedió la revocatoria de la decisión contenida en el Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011.

Un mes después, el 10 de febrero de 2012, MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA presentó sus descargos sobre el particular y, a continuación, el 13 de febrero de 2012, el MUNICIPIO DE TUNJA emitió auto decretando pruebas.

Se expuso que la actuación administrativa había culminado con la expedición de la Resolución N° 0055 de 13 de abril de 2012, por medio de la cual se declaró -entre otras cosas- que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA *“no cumple, ni cumplía requisitos para aceptar, acceder, posesionarse y desempeñar el cargo de jefe de oficina asesora código 115 grado 06 de la oficina de control interno de la Alcaldía Mayor de Tunja”* (fl. 5).

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA

En particular, la parte demandante consideró que se había trasgredido lo normado en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, los artículos 5 y 6 de Ley 190 de 1995, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el artículo 35 de la Ley 734 de 2002 y los artículos 28, 24, 35, 73 y 74 del Decreto 01 de 1984 (en adelante CCA).

Lo anterior, al concluir *“que la posesión para el ejercicio de un cargo público, sin cumplimiento de los requisitos legales para acceder al mismo constituye un error en la persona y una conducta dolosa”* (fl. 9).

Consideró que el Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011 fue expedido sin tener en cuenta que *“la persona allí designada debía cumplir con los requisitos señalados en el artículo 8 de la Ley 1473 de 2011 que en su parágrafo primero es claro en señalar que para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en*

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

asuntos del (sic) control interno, requisito que de acuerdo a la actuación administrativa desplegada por la Secretaría Administrativa del Municipio de Tunja, se concluye que la doctora MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA no cumple con los requisitos para desempeñar el cargo” (fl. 9).

Adujo que la Ley 1474 de 2011 había entrado en vigencia a partir del 12 de julio de 2011 y señaló que la misma había modificado expresamente el artículo 11 de la Ley 87 de 1993. En tal contexto, expuso que el nombramiento de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA se había efectuado en vigencia de la Ley 1474 de 2011, razón por la cual, al momento de la expedición del Decreto N° 414 de 2011, la hoy demandada debía haber acreditado el cumplimiento del lleno de los requisitos para el ejercicio del cargo.

Explicó que, conforme la circular externa N° 100-02 de 5 de agosto de 2011 del Departamento Administrativo de la Función Pública (en adelante DAFP), *“para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno, a partir de la entrada en vigencia de la citada ley”* (fl. 10), se debía cumplir con -entre otros- el requisito de acreditar experiencia mínima de tres años en ‘asuntos de control interno’; lo cual no había pasado en el caso de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, según constaba en el ‘acta de verificación de documentación de la hoja de vida’.

Resaltó que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA no se encontraba amparada por las disposiciones del párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011, ya que éste no establecía ninguna excepción *“para el cumplimiento de los requisitos para el desempeño del cargo una vez entrada en vigencia al citada Ley”* (fl. 11); entendiéndose pues que la norma pretendía *“mantener las funciones que fueron nombrados en vigencia del artículo 11 de la Ley 87 de 1993, el cual tuvo vigencia hasta el 11 de julio de 2011”* (fl. 11).

Consideró que si el MUNICIPIO DE TUNJA había posesionado a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA sin el lleno de los requisitos legales, era deber de la funcionaria informar tal situación.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
 Demandante : Municipio de Tunja
 Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
 Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

Por último, se refirió a la posibilidad que tiene la Administración de demandar sus propios actos -de naturaleza particular y concreta-, a la luz del artículo 136 del CCA.

IV. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue radicada el día 6 de junio de 2012 (fl. 279), no obstante, solamente fue repartida y asignada hasta el día 9 de julio de 2012¹ (fl. 183); anotándose que, en escrito separado, fue presentada solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado (fls. 16-23).

Posteriormente, mediante auto del 14 de noviembre de 2012, el Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de descongestión resolvió -entre otras cosas- admitir la misma y negar la suspensión provisional del acto demandado (fls. 187-193).

En contra de ésta última decisión, el MUNICIPIO DE TUNJA interpuso recurso de apelación (fls. 194-199) y, posteriormente, presentaría escrito de reforma de la demanda (fls. 222-224).

Al respecto, a través de auto del 21 de agosto de 2013 (fls. 255-260), el Tribunal Administrativo de Boyacá - Sala de descongestión resolvió conceder el recurso de apelación en contra de la decisión que denegó la medida cautelar solicitada y, con respecto a la reforma de la demanda, indicó que no se daría trámite a la misma ya que no se habían agotado *“las etapas procesales establecidas, de manera tal que esa petición debe ser formulada en el lapso de fijación en lista para que los demandados se notifiquen (...)”* (fl. 259)².

Después de algunos requerimientos (fls. 268 y 290), el Consejo de Estado resolvió confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá contenida en el auto del 14 de noviembre de 2012, a través del auto de 26 de julio de 2018 (fls. 296-301).

¹ Esto, conforme los efectos jurídicos de lo dispuesto en el Acuerdo N° PSAA12-9460 de 23 de mayo de 2012, por medio del cual se adoptaron medidas tendientes a implementar el CPACA.

² Es de anotar que, posteriormente -en la etapa descrita por la mentada providencia-, el MUNICIPIO DE TUNJA no presentó escrito de reforma de la demanda. Por tal razón, es el escrito inicialmente radicado el que fue objeto de contestación por parte de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA; y es éste mismo, el que será objeto de análisis por parte de la Sala.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

El expediente fue remitido nuevamente al Tribunal Administrativo de Boyacá (fl. 306) quien, en primer lugar, obedeció y cumplió a lo resuelto por el Superior (fl. 307); y, posteriormente, requirió a la parte demandante cierta información que era indispensable para proceder a notificar la demanda (fl. 313).

Notificada en debida forma la demanda (fls. 325-333), el proceso fue fijado en lista para su contestación, en los términos del artículo 144 del CCA (fl. 334).

1. Contestación de la demanda (fls. 335-338 y 340-367)

En primer lugar, el apoderado de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA señaló que la demanda era inepta.

Citó el contenido de los artículos 75 y 82 del CPC y dijo que, de un lado, la *“presentación de las pretensiones”* desafiaba *“de manera categórica los postulados de orden legal en relación con la formulación de las mismas”* (fl. 336). Lo anterior, al considerar que *“la formulación petitoria (...) desatiende el principio lógico que entraña que el presupuesto de la reparación a título de indemnización (puesto que) cuando ella se solicita (...) implica de suyo que previamente se anule el acto administrativo de que se trate (...) pues sería un absurdo que la denominación fuera y se entendiera (sic) que la acción o medio de control se denominase de restablecimiento del derecho y nulidad, para poder comprender que primero el despacho resuelve sobre la pretensión reparatoria o indemnizatoria y posteriormente sobre la nulidad (...) lo que conduce a la incorrección en la acumulación de las pretensiones”* (fl. 336). Y, de otro lado, adujo que la parte demandante hacía una *“inaceptable mixtura en relación con impropriamente formular de primera una pretensión indemnizatoria y en segundo, no una anulatoria, que es el alma de la acción que se pretendía proponer, sino que solicita que se revoque parcialmente el acto administrativo acusado, propósito para el cual claramente la jurisdicción no está dotada de competencia (...) en tanto que esa es una pretensión que corresponde al ámbito de una decisión propia de la administración”* (fls. 337-338), concluyendo que la jurisdicción no tenía facultades para ordenar la ‘revocatoria’ de un acto administrativo.

Tratándose del fondo del asunto, el apoderado de la demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda; precisando, en lo relativo a la pretensión primera, que las sumas recibidas por MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, las había

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

397

devengado como retribución de los servicios que -efectivamente- había prestado al MUNICIPIO DE TUNJA, razón por la cual ordenar su devolución constituiría un ‘enriquecimiento sin causa’ a favor del ente territorial, precisando -en líneas posteriores- que *“como contraprestación a la función laboral realizada por la demandada, corresponde una asignación salarial y prestacional que en efecto devengó con ocasión del vínculo que la mantuvo atada a la administración pública a partir de la responsabilidad que se le asignó a través de acto administrativo unilateral”* (fl. 361).

Además, respecto de este punto, la defensa de la demandada dijo que debía tenerse en cuenta que la medida cautelar solicitada por el MUNICIPIO DE TUNJA había sido negada por el Tribunal Administrativo de Boyacá y el Consejo de Estado. En tal sentido, consideró, de un lado, que *“si no se suspendió, quiere decir que permanece incólume, con toda la fuerza vinculante con que nació a la vida jurídica, y en consecuencia de ello las situación que se consoliden bajo esa presunción tienen plena validez”* (fl. 363-364); y, de otro lado, que *“no podría (...) asumirse que la propia incuria o negligencia, de haber existido por parte de la administración, con ocasión de la expedición del acto, tenga consecuencias patrimoniales en la ahora accionada, pues una circunstancia tal desvertebra los criterios en relación de cuando se produce el fenómeno jurídico del enriquecimiento sin causa (sic) a las luces de las jurisprudencias (sic) (...)”* (fl. 366).

Señaló que si MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA no cumplía los requisitos para el ejercicio del cargo en el que -en su momento- fue nombrada, tal responsabilidad era solamente atribuible al MUNICIPIO DE TUNJA, quien era el único que podía hacer tal designación. Además, añadió que la hoy demandada estaba ‘en todo su derecho’ de negarse a la revocatoria del acto administrativo que le había sido propuesta por el ente territorial, más aún cuando esta consideraba *“que en efecto cumplía con la totalidad de requisitos y calidades para acceder a cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno de Gestión de la Alcaldía de Tunja”* (fl. 342).

Indicó que los requisitos para desempeñar el cargo para el que fue nombrada MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA estaban consagrados en el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, el cual había sido modificado por la Ley 617 de 2000, normas que

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

prescribían que, para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno, era -apenas- necesario acreditar ‘formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto del control interno’, *“sin que se aludiera a experiencia mínima, en de lo cual como quiera (sic) que la ahora demandante (sic) acreditó ser profesional en Derecho y adicionalmente contar con dos especializaciones (...) fue designada por el Alcalde Municipal de la época en el cargo aludido”* (fl. 345).

Expuso que lo dispuesto en el acto administrativo demandado era el ‘traslado’ de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA a un nuevo cargo; situación administrativa que, a la luz del ordenamiento jurídico, apenas requería que el mismo se realizara *“entre cargos con funciones afines”* (fl. 345).

Listó los empleos que, a lo largo de su vida laboral, había ejercido MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA y concluyó que la hoy demandada *“cumplía con los requisitos exigidos para ocupar el cargo de JEFE OFICINA ASESORA (...) DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO DE GESTIÓN DEL MUNICIPIO DE TUNJA (...) en tanto con la simple verificación de su hoja de vida (...) se puede establecer que en cada uno de los cargos que ha desempeñado a lo largo de su trayectoria profesional, ha debido cumplir funciones de control interno (...)”* (fl. 347).

Explicó que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA simplemente había atendido a la determinación que el Alcalde del MUNICIPIO DE TUNJA había exteriorizado a través de la expedición del acto demandado; agregando que lo había hecho con la ‘seguridad’ de que cumplía con los requisitos para ejercer el mismo, *“como quiera que en época precedente ya había desempeñado el aludido cargo”* (fl. 350).

Insistió que, según el artículo 50 del Decreto 1950 de 1973, era deber del Jefe de personal de la Alcaldía del MUNICIPIO DE TUNJA (y no de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA) verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades exigibles para acceder al respectivo cargo.

398

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

Citó el contenido del párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011 y señaló que la hoy demandada *“se encontraba cobijada por un fuero de estabilidad laboral, que le permitía continuar en el ejercicio de las funciones en el cargo para el cual había sido designada, hasta tanto el mandatario Municipal correspondiente, procediera a designar a la personara (sic) que la reemplazaría (...) a finales del año 2013”* (fl. 352). Más adelante, indicó que la hoy demandada *“podía seguir desempeñando el cargo hasta que el alcalde que asumía funciones el 1 de enero de 2012, realizara la designación correspondiente, evento que se debía verificar según lo ordenado por el inciso tercero del artículo 8 de dicha disposición normativa “... en la mitad del respectivo periodo del alcalde o gobernador.”, lo que en efecto ocurrió”* (fl. 360), puesto que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA ejerció funciones como Jefe de control interno hasta el día 31 de diciembre de 2013.

Reiteró los argumentos inherentes a los logros académicos y laborales obtenidos por MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA y concluyó que debía preservarse la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

Definió la noción de lo que debía entenderse por ‘control interno’ e insistió en que la experiencia laboral de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA daba cuenta que *“la ahora demandada había presentado a la administración una serie de record de carácter laboral y académico (sic) que le permitía estar dentro del ámbito de comprensión de la norma que exige los requisitos, en el sentido de haber desempeñado por un tiempo mínimo de 3 años funciones relacionadas con el control interno”* (fl. 356). Además, indicó que la persona que había solicitado la revocatoria del acto administrativo respecto del cual el MUNICIPIO DE TUNJA solicita su nulidad, *“no cumplía con los requisitos exigidos por la ley 1474 de 2011, en tanto si bien es abogada, con especialización en derecho administrativo, (...) no se evidencia el adelantamiento de funciones relacionadas con el control interno”* (fl. 358-359).

2. Periodo probatorio

Al tenor de lo indicado por el artículo 209 del CCA, mediante auto del 26 de abril de 2019, el Magistrado sustanciador decretó las pruebas del caso (fls. 378-378v.).

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

Notificada, ejecutoriada y cumplida la providencia anterior, mediante auto del 25 de julio de 2019, se declaró finiquitado el periodo probatorio del proceso y se ordenó correr traslado común a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (fl. 380).

3. Alegatos de conclusión

En el término concedido, las partes del proceso allegaron sus alegatos de la siguiente manera:

3.1. MUNICIPIO DE TUNJA (fls. 389-391)

Dijo que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA había tomado posesión en el empleo de Asesora de Control Interno de Gestión sin el cumplimiento de los requisitos mínimos para desempeñar el cargo.

Agregó que, si bien el acto administrativo demandado había sido expedido el 26 de diciembre de 2011, los efectos jurídicos de este no se habían producido sino hasta el 02 de enero de 2012, cuando se notificó a DIANA CAROLINA MORA LÓPEZ el Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011. Por lo anterior, concluyó que *“la demandada no cumplía los requisitos exigidos en la norma para ostentar dicho cargo”*, puesto que en la data en que el mentado acto administrativo cobró vigencia, ya eran plenamente aplicables las disposiciones y requisitos establecidos por los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011.

Finalmente, insistió en que debían despacharse favorablemente las pretensiones de la demanda.

3.2. MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA (fls. 381-388)

Reiteró que las pretensiones de la demanda no estaban llamadas a prosperar *“por la desatención con la normatividad que gobierna la materia (...) dado que no es viable jurídicamente que primero se ordene la devolución de unos dineros (...) y luego de ello pretender la revocatoria (...) cuando dicha determinación escapa de la*

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

389

competencia de los Honorables Magistrados, razón por la cual, lo procedente sería que se declaran (sic) inhibidos para fallar el asunto” (fl. 381).

Insistió en que el único requisito para desempeñar el cargo “era acreditar formación profesional o tecnología (sic) en las áreas relacionadas con el objeto del control interno, sin que se aludiera (sic) experiencia mínima” y que -de todas formas- la demandada “cumplía con los requisitos exigidos para ocupar el cargo (...) en tanto con la simple verificación de su hoja de vida (...) se puede establecer que en cada uno de los cargos que ha desempeñado a lo largo de su trayectoria profesional, ha debido cumplir funciones de control interno (...)” (fls. 384-385).

Reprodujo los argumentos expuestos en la contestación de la demanda e indicó que debían negarse las pretensiones de la demanda.

4. Concepto del Ministerio Público

El Representante del Ministerio Público, no hizo uso de su derecho a presentar su concepto, de conformidad con lo previsto por el numeral 4° del artículo 127 del CCA.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia y cuestión preliminar

De acuerdo con lo establecido en el artículo 132 del CCA, esta Corporación es competente para conocer en primera instancia del presente proceso.

Dado que el proceso de la referencia se inició con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, se dictará sentencia conforme a las previsiones del Decreto Ley 01 de 1984 (CCA), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 308 del CPACA.

2. Planteamiento del problema jurídico a resolver

Teniendo en cuenta los argumentos de las partes, corresponde a la Sala determinar si debe declararse la nulidad parcial del Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011 por

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

medio del cual se efectuó el traslado de la demandada del cargo de Secretaria de Despacho a Jefe de la Oficina de Control Interno de Gestión, en razón de que presuntamente MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA no cumplía los requisitos exigidos en la Ley 1474 de 2011 para desempeñarse como Jefe de la Oficina de Control Interno de Gestión (código 115 - grado 06) del ente territorial.

En caso de que sea afirmativa la respuesta al interior interrogante, deberá establecerse si debe o no ordenarse a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA que proceda a efectuar la devolución de los salarios devengados durante el tiempo que duró su nombramiento en el mentado cargo.

Previo a dilucidar lo anterior, se hace necesario que la Sala se pronuncie sobre la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado de la parte demandada.

3. Análisis previo - De la excepción de inepta demanda

Como se indicó en líneas previas, el apoderado de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA adujo que la demanda era inepta por dos razones:

- En primer lugar, porque previo a solicitar la devolución de las sumas pagadas a la demandada (por concepto de salarios), era requisito *sine qua non* que primero se declarara judicialmente la nulidad del acto administrativo demandado. En tal sentido, al invertirse la secuencia prevista por la ley, se consideró que se habían acumulado indebidamente las pretensiones de la demanda.
- En segundo lugar, porque el MUNICIPIO DE TUNJA solicitó que se ‘revoque’ el acto acusado, cuando lo propio es que requiera su ‘anulación’.

Para resolver esta excepción ha de decir la Sala que la demanda es el instrumento a través del cual se ejercita el derecho de acción, es decir, que inicia el proceso judicial para obtener -mediante la sentencia- la resolución de las pretensiones que formula el demandante. Por lo anterior, la normatividad ha establecido diversos requisitos para el cumplimiento del presupuesto procesal denominado ‘demanda en forma’.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

400

De acuerdo con lo dicho, no cualquier escrito así denominado pone en funcionamiento la jurisdicción, pues debe cumplir con los requisitos dispuestos por la normativa para estructurar una demanda en debida forma. Al respecto, los artículos 137 y 138 del CCA prescribían:

“ARTÍCULO 137. CONTENIDO DE LA DEMANDA. Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al tribunal competente y contendrá:

- 1. La designación de las partes y de sus representantes.*
- 2. Lo que se demanda.*
- 3. Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.*
- 4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones. Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación.*
- 5. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer.*
- 6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.*

ARTÍCULO 138. INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS PRETENSIONES. Cuando se demande la nulidad del acto se le debe individualizar con toda precisión.

Cuando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.

Si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, sólo procede demandar la última decisión.

Si se alega el silencio administrativo a la demanda deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren”.

La acción se dirige al juez, y por eso los sujetos de ella son únicamente éste y el actor; la pretensión va dirigida a la contraparte, presupuestos necesarios para que pueda originarse el proceso, y ella debe contener lo que se pide, con sus fundamentos de hecho y de derecho, es decir, la pretensión y su razón.

Para que el objeto de la acción se cumpla y haya proceso, basta que se reúnan los presupuestos procesales³; pero para que prospere la pretensión y la sentencia sea favorable, se requiere, además, que el actor pruebe el derecho en que la funda, que ese derecho no sea desestimado por consecuencia de una excepción del

³ Competencia, capacidad de las partes, debida representación, ausencia de vicios de nulidad, condiciones de forma para toda demanda y las especiales para la clase de proceso de que se trata

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

demandado, que se tenga legitimación en la causa e interés sustancial para obrar y que se reúnan los demás presupuestos materiales y sustanciales definidos por la ley.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo presente que este análisis se realiza para estudiar la procedencia de la excepción de inepta demanda, es preciso considerar que esta se configura y materializa, exclusivamente, cuando falta alguno de los presupuestos expresados, esto es, cuando no se cumple con lo prescrito en los artículos 137 a 139⁴ del CCA⁵.

El numeral 4° del artículo 137 del CCA, establece como requisito formal de la demanda que, cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo, deberán *“indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”*. Por su parte, el artículo 138 del mismo estatuto dispone que al demandarse la nulidad de un acto este debe individualizarse y las declaraciones *“diferentes de la declaración de nulidad de un acto”*, deben enunciarse claramente en la demanda.

Al respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado tiene determinado que este presupuesto formal delimita (i) al demandado, el ámbito de la defensa, (ii) el problema jurídico y (iii) el campo de decisión del juzgador⁶. Además, también se ha indicado que el demandante tiene la carga procesal de indicar de forma puntual las normas que considera infringidas y el concepto de violación de las mismas, ya que el control en estos casos no es de carácter general, sino que está restringido por los aspectos que señale el demandante⁷.

Asimismo, se destaca que la Corte Constitucional, al revisar la constitucionalidad del numeral 4° del artículo 137 del CCA, aseveró en la sentencia C-197 de 1999:

⁴ *“ARTÍCULO 139. LA DEMANDA Y SUS ANEXOS. A la demanda deberá acompañar el actor una copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, si son del caso; y los documentos, contratos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en su poder (...)”*.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 3 de diciembre de 2014. Expediente rad. 28833. M.P. Enrique Gil Botero.

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN B. MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR PALOMINO CORTÉS. Bogotá D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil diecisiete (2017). Radicado: 11001-03-25-000-2010-00185-00. Número interno: 1307-2010. Actor: ANTONIO JOSÉ GARCÍA BETANCUR. Demandado: GOBIERNO NACIONAL

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 7 de octubre de 2009. Expediente rad. 18.509.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

101

“La exigencia que contiene el segmento normativo acusado, cuando se demandan actos administrativos, encuentra su justificación. Si el acto administrativo, como expresión de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos se presume legal y es ejecutivo y ejecutorio, le corresponde a quien alega su carencia de legitimidad, motivada por la incompetencia del órgano que lo expidió, la existencia de un vicio de forma, la falsa motivación, la desviación de poder, la violación de la regla de derecho o el desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, la carga procesal de cumplir con las exigencias que prevé la norma acusada. Carece de toda racionalidad que presumiéndose la legalidad del acto tenga el juez administrativo que buscar oficiosamente las posibles causas de nulidad de los actos administrativos, más aún cuando dicha búsqueda no sólo dispendiosa sino en extremo difícil y a veces imposible de concretar, frente al sinnúmero de disposiciones normativas que regulan la actividad de la administración. Por lo tanto, no resulta irrazonable, desproporcionado ni innecesario que el legislador haya impuesto al demandante la mencionada obligación, la cual contribuye además a la racional, eficiente y eficaz administración de justicia, si se tiene en cuenta que el contorno de la decisión del juez administrativo aparece enmarcado dentro de la delimitación de la problemática jurídica a considerar en la sentencia, mediante la determinación de las normas violadas y el concepto de la violación”.

No obstante lo anterior, ha advertido el Tribunal Constitucional que en virtud del principio de la prevalencia del derecho sustancial no se debe extremar la aplicación de la norma contenida en el numeral 4° del artículo 137 del CCA, al punto tal que se aplique un rigorismo procesal que atente contra dicho principio. De esta forma, defectos tales como la cita errónea de una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el juez, o el concepto de la violación insuficiente pero comprensible, no pueden conducir a desestimar un cargo de nulidad.

En ese mismo sentido, ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado al señalar que aun cuando el concepto de la violación carezca de rigor y técnica, pero se cumpla con indicar las normas violadas, no puede calificarse de inepta la demanda. En sentencia del 2 de septiembre de 2010⁸ se indicó:

“Esta Corporación ha sostenido de manera reiterada el criterio según el cual el requisito de la demanda exigido por el numeral 4° del artículo 137 del C. C. A., se cumple cuando se señalan las normas violadas aunque dichas normas estén derogadas o no resulten aplicables al caso y la exigencia de explicar el concepto de la violación se entiende cumplida aunque a la explicación ofrecida le falte claridad, sea incoherente, insuficiente o carezca de rigor.

En tales casos no falta el requisito previsto en el artículo 137-4 ni puede calificarse la demanda como inepta a efectos de justificar un fallo inhibitorio.”

⁸ Consejo de Estado. Sentencia de 2 de septiembre de dos mil diez (2010), expediente número: 15001-23-31-000-1998-00675-01. M.P. María Claudia Rojas Lasso. Reiterada mediante Sentencia de la Sección Primera del 4 de febrero de 2016.- Expediente rad. 11001-03-24-000-2006-00394-00.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

En tales eventualidades, lo que debe primar es el derecho de acceder a la administración de justicia. Sobre tal derecho, de cara a las decisiones judiciales inhibitorias, el Consejo de Estado ha sostenido que⁹:

“El Código Contencioso Administrativo en el artículo 3 consagra como uno de los principios orientadores en materia contenciosa, el de eficacia, el cual tiene como fin que los procedimientos logren su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias.

Al efecto, la Corte Constitucional definió la sentencia inhibitoria como la antítesis de la función judicial, la cual está dirigida a resolver los conflictos que surgen en el seno de la sociedad, pues en aplicación de los artículos 228 y 229 de la Constitución Política los jueces tienen la obligación de adoptar decisiones de fondo en los asuntos materia de proceso; y sólo en casos excepcionales en los que el juez tenga certeza que no hay otra alternativa procederá la inhibición.

Por su parte, esta Subsección ha manifestado que: “[...] cuando un asunto litigioso de cualquier naturaleza es llevado a los estrados judiciales, la regla general es que debe culminar con una decisión fondo (sic), declarando o negando el derecho, y que lo excepcional son las sentencias inhibitorias, con las cuales el derecho queda en indefinición [...]”.

Aunado a lo anterior, es importante precisar que la interpretación de las reglas procesales debe permitir la realización, en la mayor medida posible, del derecho de acceso a la administración de justicia, en sentido material, principio que se encuentra consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política y en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto a dicho principio, esta Corporación ha señalado: “[...] Bien sea entendido como norma de mayor peso o importancia o como un mandato de optimización, es claro que el rol que desempeña un principio, como lo es el del acceso a la administración de justicia, consiste en servir de criterio de interpretación adecuadora de las reglas que desarrollan el principio, lo que implica que el Juez debe tomar partido, en el ejercicio interpretativo, por la norma jurídica que en la mayor medida desarrolle el principio que le sirve de base y, en dado caso, imponer su prescripción sobre las demás, de manera que se deba atender de manera preferente al mandato de acción u omisión que se derive del principio frente a la regla; de esta manera se garantiza la vigencia del principio a través del resto de las normas producidas en el sistema jurídico [...]”.

En la misma providencia, se expuso el marco sustancial convencional, el cual deviene de los artículos 1.1, 2, 8.1, 10 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagran la tutela del derecho de acceso a la justicia, y se señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz ha considerado: “[...] la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos, esto es, adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales o no, que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas, la defensa de las

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C., quince (15) de enero de dos mil dieciocho (2018). Radicado: 11001-03-15-000-2017-03032-00. Actor: LUBAR QUINTERO MELO. Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos. [...]"

Conforme a lo expuesto, es claro que la interpretación de las normas procesales que realice el operador judicial, debe estar siempre orientada a garantizar el principio de acceso material a la administración de justicia".

Descendiendo al caso concreto, y atendiendo a los fundamentos expuestos en los anteriores acápites, considera la Sala que si bien la demanda adolece de técnica jurídica al haber solicitado el 'restablecimiento del derecho' previo a reclamar la 'revocatoria' del acto demandado, ello no es óbice que le impida al juez administrativo pronunciarse de fondo sobre la *litis* puesta a su consideración, como pasa a exponerse.

Sea lo primero señalar que, en efecto, la Sala no desconoce que la acción prevista en el artículo 85 del CCA indica -textualmente- que quien se crea lesionado en un derecho, "*podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo*". En tal virtud, no le falta razón al apoderado de la demandada cuando señala que, en estricto sentido, lo que *prima facie* permite y avala la literalidad de la norma, es reclamar la declaratoria judicial de que un acto administrativo es 'nulo'. No obstante, revisado el significado de dicha palabra, la Sala encuentra que 'revocar' es -para efectos prácticos- un sinónimo de 'anular'.

Desde el punto de la lingüística, la Real Academia de la Lengua Española ha definido la 'nulidad' como un "*vicio que disminuye o anula la estimación o validez de algo*"¹⁰. Por tal razón, lo 'nulo' es algo "*falta de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo*"¹¹, indicándose -pues- que 'anular' es "*dejar sin efecto una norma, un acto o un contrato*" o "*suspender algo previamente anunciado o proyectado*"¹².

Por su parte, 'revocar' es definido como "*dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución*", como "*apartar o retraer*" algo, lo que implica "*hacer retroceder ciertas cosas*"¹³; destacándose que la 'revocatoria' implica "*invalidación*"¹⁴, y que la

¹⁰ <https://dle.rae.es/?w=nulidad>

¹¹ <https://dle.rae.es/?w=nulo>

¹² <https://dle.rae.es/?w=anular>

¹³ <https://dle.rae.es/?w=revocar>

¹⁴ <https://dle.rae.es/revocatorio>

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

‘invalidación’ es “*hacer nulo o de ningún valor algo*”¹⁵. En tal sentido, la ‘revocación’ no es otra cosa que el “*acto jurídico que **dejo sin efecto** otro anterior por la voluntad del otorgante*”, lo que conlleva a su “*anulación, sustitución o enmienda*”¹⁶.

Así las cosas, filológicamente hablando, la Sala concluye que ‘anular’ y ‘revocar’ no son más que acepciones, significados y conceptos que envuelven una misma idea: dejar sin efectos una norma, acto, contrato, concesión, mandato y/o resolución.

Aunado a lo anterior, observando el tema desde una perspectiva exclusivamente jurídica de todas formas la Sala encuentra que *mutatis mutandi* (y exceptuando los motivos de ‘conveniencia’ e ‘interés público’) las causales de ‘revocatoria’ de los actos administrativos, son las mismas causales que el ordenamiento jurídico previó para solicitar su ‘anulación’ ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En efecto, realizando un parangón entre los artículos 69 y 84 del CCA, encontramos que mientras la primera de las normas señala que “*los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios (de la Administración) que los hayan expedido (...) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley (y/o) (...) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona*”; en la segunda el legislador previó que la anulación de los actos administrativos por parte del Juez es jurídicamente viable “*cuando (...) infrinjan las normas en que deberían fundarse*” y también “*cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió*”; lo que en opinión de la Sala no es más que una reproducción -un poco más detallada, desarrollada y precisa- de los mismos motivos, razones o causales que tiene la administración para revocar directamente sus actos.

Por lo hasta aquí expuesto, dando prevalencia al derecho sustancial sobre el formal y privilegiando una interpretación acorde con los postulados constitucionales propios del derecho de acceso a la administración de justicia, se concluye que, si bien no es completamente claro, coherente y riguroso solicitar al juez administrativo que se

¹⁵ <https://dle.rae.es/invalidar?m=form>

¹⁶ <https://dle.rae.es/revocaci%C3%B3n>

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

403

‘revoque’ el acto demandado, lo cierto es que la Sala entiende que la pretensión del MUNICIPIO DE TUNJA apunta -en realidad- a que se ‘anule’ el Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, que resolvió trasladar a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA del cargo de Secretaria Jurídica del ente territorial (código 020 - grado 09) al cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno de Gestión (código 115 - grado 06).

De otra parte, el hecho de que en las pretensiones de la demanda se haya solicitado, en primer lugar, *“la devolución de los sueldos devengados desde el momento en que se realizó la designación y posesión en el cargo”* (fl. 5) y, solo posteriormente, la anulación del citado Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, tampoco es un vicio de tal magnitud que haga inepta la demanda.

En primer lugar, porque de todas formas, a la luz del artículo 230 de la Constitución Política, al estar el juez sometido al imperio de la ley, la Sala tiene que estudiar el caso conforme los parámetros indicados por el artículo 85 del CCA, el cual indica (de forma prescriptiva) que primero debe analizarse si el acto es nulo y, solo de obtener una respuesta positiva a tal interrogante, es que debe estudiarse si hay lugar a algún tipo de restablecimiento del derecho o reparación del daño.

Y, en segundo lugar, porque -se reitera- la inepta demanda solo se configura y materializa, cuando falta alguno de los presupuestos indicados en los artículos 137 a 139 del CCA; observándose en el caso de marras (i) que en la demanda se designaron las partes y sus representantes, (ii) que se indicó lo que se demandaba, (iii) que se narraron los hechos u omisiones que sirven de fundamento a la acción interpuesta por el MUNICIPIO DE TUNJA, (iv) que se enunciaron los fundamentos de derecho de las pretensiones (indicando las normas violadas y explicando el concepto de su violación), y (v) que se individualizó -con toda precisión- el acto administrativo respecto del cual se solicita su control judicial.

En tal sentido, subrayando que en el presente caso los elementos esenciales de la demanda son completamente comprensibles y que, por el contrario, se considera que la posición del apoderado judicial de la demandada sobre el particular, es extremadamente formalista, la Sala concluye que la demanda no puede ser calificada como inepta.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

Por tal razón, se descarta la excepción propuesta y, en su lugar, se procederá a resolver de fondo la controversia planteada ante este Estrado Judicial, conforme los argumentos que pasan a exponerse.

4. Argumentación normativa y jurisprudencial

4.1. Noción de control interno y ámbito de aplicación

El control interno se concibe en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del artículo 209 de la Constitución Política que señala que *“la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”*; prescribiendo en el artículo 269 lo siguiente:

“En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas”.

En desarrollo de lo anterior, el legislador expidió la Ley 87 de 1993, por medio de la cual estableció las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado¹⁷. Tal norma definió el mismo como un *“sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos”*¹⁸.

A su vez, la norma en cita precisó que el control interno se expresaría mediante *“políticas aprobadas por los niveles de dirección y administración de las respectivas entidades”*, cumpliéndose a través de *“la elaboración y aplicación de técnicas de*

¹⁷ La Ley 87 de 1993 precisó, en su artículo 5, que esta se aplicaría a *“todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles así como en la organización electoral, en los organismos de control, en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y comerciales del Estado, en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal”*.

¹⁸ Artículo 1.

404

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

dirección, verificación y evaluación de regulaciones administrativas, de manuales de funciones y procedimientos, de sistemas de información y de programas de selección, inducción y capacitación de personal"¹⁹.

Es decir, que el control interno se trata de una actividad Estatal de tipo transversal²⁰ que busca "la modernización de la administración pública y el mejoramiento de la capacidad de gestión de sus instituciones, tendiente a la consecución de mayores niveles de eficiencia en todos los órganos y entidades del Estado"²¹; lo cual se logra, como su propio nombre lo indica, a través del 'control interno' que, sobre sí misma, se hace la propia Administración, la cual está obligada a examinar su desarrollo institucional y su desempeño frente al deber superior de procurar la satisfacción del interés general y de los fines esenciales del Estado. En palabras del Consejo de Estado:

*"El control interno es, entonces, una diáspora funcional, que irradia y compromete a los distintos niveles de la Administración, como así lo corroboran los artículos 5° y 6° de la Ley 87 de 1993, al determinar que la misma aplica para "todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles", y que "la aplicación de los métodos y procedimientos al igual que la calidad, eficiencia y eficacia del control interno, también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos". Y, aunque el artículo 9° ibídem, habla de la oficina de coordinación del control interno, en ningún momento señala que deba concentrarse en ella todas las funciones inherentes a asuntos de control interno; por el contrario, la califica como "uno de los componentes del Sistema de Control Interno", con lo que se confirma lo que se viene diciendo en el sentido que el control interno es un sistema, que vincula a los diferentes niveles de la Administración"*²².

Atendiendo a lo anterior, en el artículo 3 de la Ley 87 de 1993, se listaron cuáles eran las características del control interno de la siguiente manera:

- El Sistema de Control Interno forma parte integrante de los sistemas contables, financieros, de planeación, de información y operacionales de la respectiva entidad;
- La máxima autoridad del organismo o entidad tiene la responsabilidad de establecer, mantener y perfeccionar el sistema de control interno, el cual debe

¹⁹ Ibídem.

²⁰ Ya que hace presencia en todos los niveles de la Administración.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-996 de 19 de septiembre de 2001. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

²² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION QUINTA. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-31-000-2012-00068-01. Actor: JAIME DE JESUS MARTINEZ SANDOVAL. Demandado: ASESOR DE CONTROL INTERNO DE LA ALCALDIA DE PIEDECUESTA.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

ser adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización;

- En cada área de la organización, el funcionario encargado de dirigirla es responsable por el control interno ante su jefe inmediato de acuerdo con los niveles de autoridad establecidos en cada entidad;
- La 'unidad de control interno' -o quien haga sus veces- es la encargada de evaluar en forma independiente el sistema de control interno de la entidad y proponer al representante legal del respectivo organismo las recomendaciones para mejorarlo;
- Todas las transacciones de las entidades deberán registrarse en forma exacta, veraz y oportuna, de forma tal que permita preparar informes operativos, administrativos y financieros.

4.2. Requisitos para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor encargado del control interno de las diferentes entidades concernidas por la Ley 87 de 1993

En su versión primigenia adoptada el 29 de noviembre de 1993, el legislador indicó lo siguiente respecto de los requisitos que debía cumplir el funcionario que fuera designado para fungir como Jefe de la oficina de control interno:

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

PARÁGRAFO 1o. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor Interno se deberá, acreditar formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto de control interno.

PARÁGRAFO 2o. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal, no implicará, necesariamente, aumento en la planta de cargos existente.

PARAGRAFO 3o. En los municipios con una población inferior a quince mil (15.000) habitantes y cuyos ingresos anuales no superan los quince mil (15.000) salarios mínimos mensuales, las funciones del asesor, coordinador, o de auditor interno podrán ser desempeñadas por los correspondientes jefes o directores de planeación municipal o por

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

405

quien haga sus veces, y en su defecto por el respectivo secretario de la Alcaldía” (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, la Ley 617 de 2000²³ vino a modificar el citado artículo 11 de la Ley 87 de 1993, eliminando totalmente lo que -en su momento- dispuso el párrafo 3°, pero conservando los requisitos para poder ser designado como jefe de la oficina de coordinación del control interno de las entidades a las cuales se le aplica la mentada normatividad, a saber, acreditar formación “profesional” o “tecnológica” en “áreas relacionadas con las actividades objeto de control interno”.

Tal disposición estuvo vigente hasta el momento en que fue promulgada la Ley 1474 de 2011, por medio de la cual se dictaron normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Con respecto al tema que se viene tratando, el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 dispuso:

“ARTÍCULO 8o. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un periodo fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo periodo del alcalde o gobernador.

PARÁGRAFO 1o. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

PARÁGRAFO 2o. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente” (Resaltado fuera de texto).

Según se observa, el denominado estatuto anticorrupción cambió los requisitos para poder desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor encargado del control interno, prescribiendo que, además de acreditar formación “profesional”, era completamente indispensable demostrar una “experiencia mínima de tres (3)

²³ Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, el Decreto 1421 de 1993 y se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización y la racionalización del gasto público nacional.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

años en asuntos del control interno”.

Lo anterior implica que se aumentaron las exigencias para ejercer ese cargo puesto que, a partir de la vigencia de la Ley 1474 de 2011, el título de formación “*tecnológica*” ya no puede ser tenido en cuenta al momento del nombramiento; no bastando tampoco que la persona simplemente se haya formado en “*áreas relacionadas con las actividades objeto de control interno*”, sino que es indispensable haber trabajado, por un trienio, en las labores propias del control interno.

Al respecto, el DAFP emitió la circular externa N° 100-02 de 2011 en la que, a la luz de la Ley 1474 de 2011, indicó quién podía nominar a los responsables del control interno de las entidades y señaló qué requisitos debía cumplir este último de la siguiente manera:

“(…) En las entidades de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial dicha facultad recae en la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial, Alcalde o Gobernador.

(…)

Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno, a partir de la entrada en vigencia de la citada ley, se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

a) Acreditar formación profesional, en cualquier disciplina académica.

b) Acreditar experiencia mínima de tres (3) años en asuntos de control interno, entendidos éstos, entre otros, de la siguiente manera:

- Aquellos relacionados con la medición y evaluación permanente de la eficiencia, eficacia y economía de los controles al interior de los Sistemas de Control Interno.

- Asesoría en la continuidad del proceso administrativo, la reevaluación de planes e introducción de correctivos necesarios para el cumplimiento de las metas u objetivos previstos.

- Actividades de Auditoria.

- Actividades relacionadas con el fomento de la cultura del Control.

- Evaluación del proceso de planeación, en toda su extensión; lo cual implica, entre otras cosas y con base en los resultados obtenidos en la aplicación de los indicadores definidos, un análisis objetivo de aquellas variables y/o factores que se consideren influyentes en los resultados logrados o en el desvío de los avances.

- Formulación, evaluación e implementación de políticas de control interno.

- Evaluación de los procesos misionales y de apoyo, adoptados y utilizados por la

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
 Demandante : Municipio de Tunja
 Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
 Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

entidad, con el fin de determinar su coherencia con los objetivos y resultados comunes e inherentes a la misión institucional.

- Asesoría y acompañamiento a las dependencias en la definición y establecimiento de mecanismos de control en los procesos y procedimientos, para garantizar la adecuada protección de los recursos, la eficacia y eficiencia en las actividades, la oportunidad y confiabilidad de la información y sus registros y el cumplimiento de las funciones y objetivos institucionales.

- Valoración de Riesgos”.

Estas exigencias se justifican en razón de que a los responsables del control interno les corresponde la importante tarea de revisar el cumplimiento de los controles establecidos para los procesos y actividades, ejercer adecuadamente la función disciplinaria, examinar los procesos para el manejo de los recursos, bienes y sistemas de información y recomendar sus correctivos; velar por el cumplimiento de las leyes, normas, políticas, procedimientos, planes, programas, proyectos y metas de la entidad; apoyar a los directivos en el proceso de toma de decisiones para lograr los resultados esperados, fomentar la cultura de control para mejorar el cumplimiento de la misión institucional; y valorar y comprobar la aplicación de los mecanismos de participación ciudadana y la implementación de las medidas recomendadas -entre otros asuntos-²⁴.

4.3. Experiencia laboral que puede ser considerada como ‘experiencia profesional en asuntos de control interno’

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha indicado que el control interno no solo lo ejerce quien tiene funciones específicas en dicha materia, sino que también es responsable de su efectiva organización tanto el representante legal o máximo directivo de la entidad, como los jefes de cada una de las dependencias que la compongan -incluidos los órganos de control-. En sentencia de 11 de diciembre de 2014²⁵, la Máxima Corporación Judicial indicó:

“Al respecto, la Sala con fundamento en los argumentos y en el desarrollo normativo expuesto en líneas anteriores, reitera que la experiencia en asuntos de control interno no se adquiere únicamente por haber trabajado en la oficina que una entidad haya creado con tal fin, puesto que la ley no lo prevé así.

²⁴ Artículo 12 de la Ley 87 de 1993.

²⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN QUINTA. Consejera Ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014). Electoral - Sentencia de segunda instancia. Radicación No. 760012333000201400010-01. Demandante: Carlos Arturo Villa Luna. Demandado: Óscar Fuentes Fernández.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

(...)

Entonces, quien se haya desempeñado como jefe de alguna dependencia, máximo directivo o representante legal de una entidad, puede acreditar el requisito de experiencia a que hace alusión la Ley 1474 de 2011, puesto que tales cargos llevan intrínsecas, se resalta, funciones de control interno en virtud de la ley” (Resaltado fuera de texto).

Es de resaltar que tal postura, se enmarca en la línea que de lo que ya había sido expuesto por el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso administrativa que a través de sentencia de 15 de julio de 2013, se pronunció acerca de la naturaleza jurídica de la experiencia prevista en el parágrafo 1º del artículo 8º de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011 y concluyó que lo exigido por la norma es una experiencia que, además de ser profesional, debe ser ‘relacionada’:

“De la norma anterior se tiene que el control interno está concebido en forma sistémica, en atención a que integra tanto la parte de los principios y métodos, como la parte orgánica. Y, en cuanto a lo último, se trata de una función que no está reservada exclusivamente a una dependencia en particular, sino que por el contrario es una atribución que deben desarrollar “todos los órganos existentes en la entidad” o en “toda la escala de estructura administrativa”. Lo anterior es consecuente con la función misma, que como se dijo líneas arriba, es de tipo transversal porque permea todos los niveles de la Administración, como en efecto debe ser porque el control de la gestión debe surtirse desde cada dependencia para el mejoramiento continuo de las funciones asignadas. (...)

(...) El recurrente considera que el precepto anterior alude a experiencia específica y no a experiencia relacionada. Ante lo debatido la Sala debe entrar a determinar el tipo de experiencia que es exigida por el precepto anterior.

Pues bien, para establecer si le asiste o no la razón al apelante, recuerda la Sala que lo atinente a la experiencia y a las formas de experiencia que se conciben en el ordenamiento jurídico interno, en lo que respecta a los empleos de las entidades territoriales²⁶, están desarrolladas en el artículo 11 del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.”, expedido por el Presidente de la República, que dispone:

“Artículo 11. Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pénsum académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el

²⁶ El artículo 14 del Decreto 2772 de 10 de agosto de 2005, modificado por el Decreto 4476 de 21 de noviembre de 2007, expedidos por el Presidente de la República, no es aplicable al sub lite porque operan frente a los empleos públicos de los órganos y entidades del orden nacional. Es decir, que por criterio de especialidad se aplica en este caso lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto Ley 785 de 2005, que se aplica para los empleos de las entidades territoriales.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

407

ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Laboral. Es la adquirida con el ejercicio de cualquier empleo, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Docente. Es la adquirida en el ejercicio de las actividades de divulgación del conocimiento obtenida en instituciones educativas debidamente reconocidas.

Cuando para desempeñar empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional se exija experiencia, esta debe ser profesional o docente, según el caso y determinar además cuando se requiera, si esta debe ser relacionada.

Cuando se trate de empleos comprendidos en el nivel Profesional y niveles superiores a este, la experiencia docente deberá acreditarse en instituciones de educación superior y con posterioridad a la obtención del correspondiente título profesional."

Según la disposición anterior, la experiencia, que corresponde a los conocimientos, habilidades o destrezas adquiridas en una profesión, arte u oficio, se clasifica únicamente en profesional, relacionada, laboral y docente. Esa clasificación no menciona en parte alguna la experiencia específica, a que alude el actor, motivo por el cual no puede considerarse que jurídicamente exista.

Dicha norma identifica como experiencia profesional la que se adquiere con posterioridad a la terminación de materias de la respectiva profesión, en actividades inherentes al tipo de profesión que se exija para el correspondiente empleo; como experiencia relacionada, la que se adquiere en empleos o actividades con funciones similares a las del cargo a proveer; como experiencia laboral, la adquirida en cualquier empleo, ocupación, arte u oficio; y, como experiencia docente la que se adquiere en ejercicio de la actividad docente en instituciones debidamente reconocidas.

Según el penúltimo párrafo del artículo 11 del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005, cuando se trate de cargos del nivel Asesor, la experiencia que frente a ellos se exija debe ser profesional, esto es, que quien se postule a ocupar un cargo de ese nivel, debe acreditar que la adquirió luego de la terminación y aprobación de todas las materias que integran el pènsum académico de la respectiva profesión, relativa por supuesto a "las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.". Además, la misma disposición es enfática en consagrar que el manual de funciones debe precisar, cuando así se requiera, "si [la experiencia profesional] debe ser relacionada."

Se tiene, entonces, que para ocupar el cargo mencionado se debe acreditar experiencia profesional, pero igualmente el ordenamiento jurídico autoriza que la misma sea relacionada, esto es, que se pueda adquirir mediante el "ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo...". Es decir, que para los empleos del nivel Asesor como mínimo la experiencia debe ser profesional, pero ella se puede cualificar desde la perspectiva funcional al asociarla con ciertas atribuciones.

En consonancia con lo anterior, la experiencia a que se refiere el parágrafo 1º del artículo 8º de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011, para ocupar el cargo de Asesor en la oficina de Control Interno, debe ser de tres (3) años contados a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que integran el pènsum académico de la respectiva profesión, esto es, debe ser experiencia profesional, e igualmente debe ser relacionada porque en la misma

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

disposición se exige que debe ser “en asuntos de control interno.”, tal como lo prescribe el penúltimo párrafo del artículo 11 del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005.

El párrafo 1° del artículo 8° de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011 no acude a un criterio orgánico para acreditar la experiencia mínima de tres años, y si así lo hubiera querido no habría vacilado en señalar que para tomar posesión del cargo de Asesor de oficina de control interno, los interesados debían acreditar que por tres años trabajaron específicamente en esa dependencia.

A contrario sensu, el legislador optó por un criterio funcional para la acreditación de la experiencia por parte de las personas que ocupen el cargo de asesor de oficina de control interno, pues se refirió en concreto a experiencia adquirida, no en oficinas de control interno, sino a la obtenida en “asuntos de control interno”.

En suma, la experiencia de tres años que se exige a las personas interesadas en ocupar el cargo de Asesor de oficina de Control Interno, corresponde a experiencia que además de ser profesional igualmente es relacionada, sin sujeción a un criterio orgánico, esto es que no es menester que se haya adquirido en oficinas de Control Interno, sino con relación a un criterio funcional, pues se refiere a “asuntos de control interno”, que como se verá más adelante no está presente únicamente en dichas oficinas.”²⁷ (Resaltado y subrayas fuera de texto).

Por su parte, en lo inherente a la competencia para certificar experiencia en ‘asuntos de control interno’, la providencia a la que se viene haciendo alusión consideró que era admisible que la misma fuera refrendada por organizaciones privadas:

“Sostiene la parte demandante que los privados no están autorizados para certificar experiencia en asuntos relacionados con el control interno, pues en tratándose del ejercicio de funciones públicas únicamente lo pueden hacer los jefes de las respectivas dependencias o entidades oficiales.

Lo anterior es parcialmente cierto y corresponde a una visión sesgada, entre otras disposiciones, del artículo 12 del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005, que respecto a la certificación que corresponde dar a las autoridades frente a las personas que han prestado sus servicios personales a las entidades públicas, dispone:

“Artículo 12. Certificación de la experiencia. La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias escritas, expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas. Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo.

Las certificaciones de experiencia deberán contener, como mínimo, los siguientes datos:

- 12.1. Nombre o razón social de la entidad o empresa.*
- 12.2. Tiempo de servicio.*
- 12.3. Relación de funciones desempeñadas.*

Cuando la persona aspire a ocupar un cargo público y en ejercicio de su profesión haya asesorado en el mismo período a una o varias instituciones, el tiempo de experiencia se contabilizará por una sola vez.” (Negrillas de la Sala)

²⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION QUINTA. Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 68001-23-31-000-2012-00068-01. Actor: JAIME DE JESUS MARTINEZ SANDOVAL. Demandado: ASESOR DE CONTROL INTERNO DE LA ALCALDIA DE PIEDECUESTA.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

408

Sin embargo, la misma norma es clara en señalar que la certificación de experiencia no es algo reservado privativa y excluyentemente a los funcionarios públicos. Evidentemente les corresponde hacerlo cuando se trata de la prestación de servicios de personas formalmente vinculadas con la Administración a través de una relación legal y reglamentaria; pero ello no impide que respecto de los particulares la certificación no provenga de un servidor público sino de otro particular, como así lo da a entender el segmento resaltado del artículo 12 del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005, al aludir a la declaración que los particulares pueden emitir frente al ejercicio de su profesión en forma independiente.

El actor olvida que según lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 210 de la Constitución “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”. En cuanto al control interno el artículo 269 de la misma obra específicamente dice que la ley puede “autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.”. De conformidad con las normas anteriores, la función de control interno puede ser asumida por empleados de la planta de personal de las entidades públicas, e igualmente por particulares a través de la celebración de contratos estatales.

La contratación para la prestación del servicio relativo a asuntos de control interno fue desarrollada mediante la Ley 87 de 29 de noviembre de 1993, que en su artículo 7° dispuso sobre el particular:

“Artículo 7°.- Contratación del servicio de control interno con empresas privadas. Las entidades públicas podrán contratar con empresas privadas colombianas, de reconocida capacidad y experiencia, el servicio de la organización del Sistema de Control Interno y el ejercicio de las auditorías internas. Sus contratos deberán ser a término fijo, no superior a tres años, y deberán ser escogidos por concurso de méritos en los siguientes casos:

- a.-) Cuando la disponibilidad de los recursos técnicos, económicos y humanos no le permitan a la entidad establecer el Sistema de Control Interno en forma directa;*
- b.-) Cuando se requieran conocimientos técnicos especializados;*
- c.-) Cuando por razones de conveniencia económica resultare más favorable.*

Se exceptúan de esta facultad los organismos de seguridad y de defensa nacional.”

El anterior compendio normativo evidencia que los privados están legalmente autorizados para desempeñarse, a través de contratación estatal, en asuntos relativos al control interno.

Por lo mismo, resulta conforme a derecho que las organizaciones privadas también puedan certificar la experiencia de las personas que han trabajado para ellas pero al servicio de entidades públicas, como así lo corrobora el artículo 12 del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005, expedido por el Presidente de la República, al consagrar que “La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias escritas, expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas.” (Resaltado fuera de texto)²⁸.

De lo expuesto hasta aquí, la Sala concluye que:

- Para la acreditación de la experiencia en control interno, se debe tener en

²⁸ Ibidem.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

cuenta el contenido del artículo 11 del Decreto 785 de 2005. Por tal razón, los tres años de experiencia requeridos para el ejercicio del cargo -al que se refiere el parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011- son de naturaleza 'profesional', es decir, contada a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que integran el pensum académico de la respectiva profesión; y 'relacionada', lo que indica que solo es válida la experiencia adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer, certificada por entidades públicas o privadas.

- El hecho de que el parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 exija que la experiencia mínima a acreditar sea en 'asuntos de control interno', implica que la norma estableció un criterio funcional y no uno orgánico o jerárquico.

En tal sentido, el control interno no solo lo ejerce quien tiene funciones específicas en dicha materia, sino que también es responsable de su efectiva organización tanto el representante legal o máximo directivo de la entidad, como los jefes de cada uno de las dependencias que la compongan.

Asimismo, conforme al ordenamiento jurídico vigente, la mentada experiencia no solamente se adquiere en las oficinas que tengan -literalmente- esa denominación en concreto, sino que la misma también puede adquirirse en otras dependencias, siempre que -según los manuales específicos de funciones y competencias laborales e incluso los contratos- se ejerzan funciones de control interno.

- La experiencia en asuntos de control interno puede adquirirse tanto en el sector público como en el privado. En todo caso, para valorar su cumplimiento, debe tenerse en cuenta que las certificaciones laborales cumplan los parámetros fijados por el artículo 12 del Decreto 785 de 2005 y, además, estén relacionadas con las funciones establecidas en el artículo 12 de la Ley 87 de 1993, en concordancia con lo indicado en la circular

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

209

externa N° 100-02 de 2011 proferida por el DAFP.

4.4. Vigencia de la Ley 1474 de 2011 y efectos de lo dispuesto por el párrafo transitorio de su artículo 9°

Las modificaciones que efectuó la Ley 1474 de 2011 sobre la Ley 87 de 1993, se hicieron aplicables a partir de que la primera de estas normas fue ‘promulgada’²⁹, de conformidad con lo expuesto en su artículo 135³⁰.

En tal sentido, los cambios introducidos por el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 a la ley que estableció las normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado estuvieran vigentes -y debían ser acatados-, por regla general, a partir del 12 de julio de 2011³¹. Lo anterior, toda vez que de vieja data está establecido en el ordenamiento jurídico colombiano que *“la ley es obligatoria y surte sus efectos desde el día en que ella misma se designa, y en todo caso después de su promulgación”*³².

Lo anterior indica que, desde el momento en que la Ley 1474 de 2011 cobró ‘vigencia’, se hizo efectivo el cambio con respecto a los requisitos exigibles para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno. En torno a la vigencia de la ley, la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-873 de 2003:

“La “vigencia” se halla íntimamente ligada a la noción de “eficacia jurídica”, en tanto se refiere, desde una perspectiva temporal o cronológica, a la generación de efectos jurídicos obligatorios por parte de la norma de la cual se predica; es decir, a su entrada en vigor. Así, se hace referencia al período de vigencia de una norma determinada para referirse al lapso de tiempo durante el cual ésta habrá de surtir efectos jurídicos.

²⁹ En la sentencia C-084 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se explicó que *“la promulgación, como ya se expresó, consiste en la publicación oficial de la ley; la entrada en vigencia es la indicación del momento a partir del cual ésta se vuelve obligatoria para los asociados, esto es, sus disposiciones surten efectos. Por tanto, bien puede suceder que una ley se promulgue y sólo produzca efectos meses después; o también es de frecuente ocurrencia que el legislador disponga la vigencia de la ley “a partir de su promulgación”, en cuyo caso una vez cumplida ésta, las disposiciones respectivas comienzan a regir, es decir, a ser obligatorias”*.

³⁰ Ley 1474 de 2011. “ARTÍCULO 135. VIGENCIA. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias”.

³¹ Diario Oficial No. 48.128

³² Artículo 11 de la Ley 84 de 1873. Por su parte, la Ley 4 de 1913 prescribió -en sus artículos 52 y 53- que: *“La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada”* no obstante que *“se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los casos siguientes: 1. Cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autorice al Gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado”*.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

La regla general en nuestro ordenamiento es que las normas comienzan a surtir efectos jurídicos con posterioridad a su promulgación, según lo determinen ellas mismas, o de conformidad con las normas generales sobre el particular. El verbo "regir" es utilizado por las normas para hacer referencia a su vigencia, entendida en este sentido".

Por tanto, a partir del 12 de julio de 2011, ya no era suficiente que solo se acreditara una *"formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto de control interno"*³³; sino que era completamente indispensable acreditar -en exclusiva- una formación 'profesional' y, además, demostrar una experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

Asimismo, a partir de dicha data, la designación de los responsables del control interno de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, debía hacerse por periodos fijos de cuatro años; nombramiento que debía efectuarse *"en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador"*.

No obstante, tratándose de esto último, el artículo 9 de la Ley 1474 de 2011 adoptó un párrafo transitorio del siguiente tenor:

"PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para ajustar el periodo de que trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo".

Al respecto, en concepto N° 164791 de 29 de octubre de 2013, el DAFP indicó que el propósito de establecer un período transitorio para quienes se encontraran ocupando el cargo al 31 de diciembre de 2011, tenía como fin institucionalizar el periodo cuatrienal del cargo para que -en adelante- se pudiera intercalar el período de los alcaldes y gobernadores con el empleo de jefe de control interno. Se indicó en el referido documento:

"De conformidad con lo anteriormente expuesto, y dando aplicación de las reglas de la hermenéutica legal, en especial aquellas referidas a que la ley posterior prevalece sobre la anterior, se encuentra que la Ley 1474 de 2011 de rango legal y posterior estableció la forma de designar al jefe de la Unidad de control interno o quien haga sus veces en las entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la cual se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período gobernador.

³³ Como lo disponía la primigenia versión del artículo 11 de la Ley 87 de 1993 -modificado por la Ley 617 de 2000-.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

410

De acuerdo con lo anterior, en el nivel territorial, la norma dispuso que el empleo de jefe de control interno será designado por la máxima autoridad administrativa, es decir, el Gobernador o Alcalde, y que se clasifique como de periodo fijo de cuatro años.

(...)

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se encuentra que la Ley 1474 de 2011 estableció la forma de designar al jefe de la Unidad de control interno o quien haga sus veces en las entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la cual se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período gobernador.

Refiriéndonos al nivel territorial, la norma dispuso que el empleo se clasifique como de periodo fijo de cuatro años, y que será designado por el alcalde o gobernador, en la mitad de su respectivo período, para ello, en el parágrafo transitorio del artículo 9 estableció un período transitorio para quienes se encuentren ocupando el cargo al 31 de diciembre de 2011, que permite intercalar el período de los alcaldes y gobernadores con el empleo de Jefe de Control Interno, para que a la mitad de su periodo realicen dicha designación.

Lo anterior quiere decir, en criterio de esta Dirección, que estamos ante un período institucional y no personal, quien sea designado para ese cargo en reemplazo del anterior titular lo hará para un período de cuatro años, y quien eventualmente tuviere que remplazarlo lo hará para terminar lo que haga falta del mismo.

Ahora bien, respecto de quien sea designado en vigencia del parágrafo transitorio, culminará el período establecido en esta disposición, es decir, hasta el 31 de diciembre de 2013, fecha en la cual se nombrará nuevo jefe de control interno en el nivel territorial.

En consecuencia, en criterio de esta Dirección debe entenderse, que concluido el período para el cual fueron elegidos tales funcionarios se produce una vacancia del empleo, y en tal consideración la autoridad competente estaría llamada a efectuar una nueva designación por el período establecido. En el evento en que el nominador decida que la persona que termina el período continúe en el desempeño del mismo, deberá proceder a realizar un nuevo nombramiento siguiendo el procedimiento que adopte para tal efecto. (...)

No obstante, en el mentado concepto N° 164791 de 29 de octubre de 2013, el DAFP también fue cuidadoso en señalar que los ‘nuevos’ requisitos establecidos en el parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 -que modificó el artículo 11 de la Ley 87 de 1993-, eran exigibles para todo tipo de nombramiento que se produjera “a partir” de la entrada “en vigencia” de la norma, independientemente de la medida transitoria dispuesta en el parágrafo del artículo 9. Veamos:

“En criterio de esta Dirección y guardando concordancia con la norma, la respectiva entidad, al efectuar la designación del asesor, coordinador o auditor de control interno deberá verificar que cumpla con los requisitos de estudio y experiencia, conforme lo señalado en el artículo 9 (sic) de la Ley 87 de 1993, frente al rol que le corresponde desempeñar a las oficinas de control interno, o quien haga sus veces dentro de las organizaciones públicas, las cuales se enmarcan en valorar riesgos, acompañar y asesorar, realizar evaluación y seguimiento, fomentar la cultura de control, y relación con entes externos.

De conformidad con lo anterior, a partir de la vigencia de la Ley 1474 de 2011 para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno,

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

*independientemente del sector en el cual se haya desempeñado (público o privado)”
(Resaltado y subrayas fuera de texto).*

En lo inherente a cuándo una norma es de obligatorio cumplimiento, debe destacarse que la Corte Constitucional indicó en la sentencia C-957 de 1999^{34 35} lo siguiente:

“En lo relativo a su vigencia, como regla general, la ley comienza a regir a partir de su promulgación, salvo que el legislador, en ejercicio de su competencia constitucional, mediante precepto expreso determine una fecha diversa a aquella, facultad igualmente predicable del legislador extraordinario.

Los efectos jurídicos de los actos legislativos y de las leyes que se producen a partir de la promulgación en el Diario Oficial, dan lugar a su oponibilidad y obligatoriedad sin que por ello se afecte la validez ni la existencia de los mismos” (Resaltado y subrayas fuera de texto).

En tal sentido, una adecuada interpretación de las normas en comento (parágrafo transitorio del artículo 9 y parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011) permiten concluir a la Sala que, si bien los responsables del control interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerían en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde hiciera la designación del nuevo funcionario en la mitad de su respectivo periodo, lo cierto es que cualquier nombramiento que se efectuare a partir del 12 de julio de 2011 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011-, debía respetar los nuevos requisitos relativos a acreditar una formación profesional y una experiencia relacionada mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

5. La decisión a tomar en el caso concreto

5.1 Análisis de la situación fáctica conforme a lo probado en el proceso

Como ya en había indicado en acápites anteriores, el MUNICIPIO DE TUNJA solicita la declaratoria de nulidad parcial del Decreto N° 414 de 2011, al considerar que

³⁴ M.P. Alvaro Tafur Galvis

³⁵ De manera similar, refiriéndose al período de obligatoriedad o vigencia de la ley, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 25 de enero de 1983, estableció: “La necesidad de la promulgación de la ley como requisito indispensable para reconocer su vigencia es doctrina universalmente aceptada. (...) debe entenderse que la ley no obliga al administrado sino en virtud de su promulgación. Este es el sentido que debe dársele a la jurisprudencia del Consejo y de la Corte cuando uno y otra sostienen que el principio de la promulgación de la ley como condición para su obligatoriedad, admite como excepción el señalamiento expreso de su vigencia en el propio tenor de la ley, pero debe entenderse que esta vigencia no puede ser antes de su promulgación, especialmente cuando se trate de normas que imponen obligaciones a los administrados.”.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

41

MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA se posesionó en el cargo de jefe de la oficina de control interno de gestión (código 115 - grado 06), sin haber acreditado el cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la ley para acceder al mismo.

Considera el MUNICIPIO DE TUNJA indicó que la hoy demandada no se encontraba amparada por las disposiciones del párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011, ya que tal norma nunca estableció ninguna excepción *“para el cumplimiento de los requisitos para el desempeño del cargo una vez entrada en vigencia al citada Ley”* (fl. 11).

Por su parte, el apoderado de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA señaló *grosso modo* que, conforme la ley, para el ejercicio del mentado cargo solamente se requería acreditar ‘formación profesional o tecnológica en áreas relacionadas con las actividades objeto del control interno’, *“sin que se aludiera a experiencia mínima”* (fl. 345); y que, sin perjuicio de lo anterior, de todas formas la hoy demandada *“cumplía con los requisitos exigidos para ocupar el cargo (...) en tanto con la simple verificación de su hoja de vida (...) se puede establecer que en cada uno de los cargos que ha desempeñado a lo largo de su trayectoria profesional, ha debido cumplir funciones de control interno (...)”* (fl. 347).

Aunado a lo anterior, el apoderado de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA señaló que, en los términos del párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011, la hoy demandada *“se encontraba cobijada por un fuero de estabilidad laboral, que le permitía continuar en el ejercicio de las funciones (...) hasta tanto el mandatario Municipal correspondiente, procediera a designar a la personara (sic) que la reemplazaría (...)”* (fl. 352). No obstante, también señaló que -en todo caso- si ella no cumplía los requisitos para el ejercicio del cargo, tal responsabilidad era solamente atribuible al MUNICIPIO DE TUNJA.

De conformidad con los medios de prueba allegados al expediente, la Sala encuentra acreditado lo siguiente en relación con el nombramiento de la demandada en el cargo de jefe de la oficina de control interno de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA:

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

- A través del Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, el MUNICIPIO DE TUNJA (en cabeza de su Alcalde y su Secretaria administrativa) resolvió -entre otras cosas- trasladar a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA del cargo de Secretaria jurídica del ente territorial (código 020 - grado 09), al cargo de Jefe de la oficina de control interno de gestión municipal (código 115 - grado 06) (fl. 24, 68 y 73).
- MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA se posesionó en el cargo de Jefe de la oficina de control interno de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA el día 26 de diciembre de 2011 (fl. 25, 28 y 69).
- DIANA CAROLINA MORA LÓPEZ, quien venía ocupando el cargo de Jefe de la oficina de control interno de gestión municipal al momento de la expedición del Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, solicitó la revocatoria de dicho acto administrativo el día 2 de enero de 2012 (fls. 93-96 y 213-216).
- Para dar curso a la solicitud de revocatoria directa interpuesta, el MUNICIPIO DE TUNJA le requirió a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA "*copia de los documentos aportados para acreditar los requisitos exigidos para tomar posesión en el cargo*" (fl. 97).
- El anterior requerimiento fue atendido por la hoy demandada el día 5 de enero de 2012, indicando que su historia laboral se encontraba en la Secretaría administrativa del MUNICIPIO DE TUNJA; y que, previo a revocar un acto administrativo particular y concreto, debía obtenerse el consentimiento del titular del derecho (fl. 98).
- Posteriormente, el MUNICIPIO DE TUNJA expidió la Resolución N° 0021 de 7 de febrero de 2012, en la que resolvió abrir actuación administrativa "*tendiente a establecer si la doctora MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA cumplía los requisitos que impone el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011; para posesionarse y desempeñar actualmente el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno del municipio de Tunja*", dando traslado a la

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

412

funcionaria para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción (fls. 102-107).

- El 8 de febrero de 2012, MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA acudió a las instalaciones de la Secretaría administrativa del MUNICIPIO DE TUNJA y se notificó de la Resolución N° 0021 de 7 de febrero de 2012 (fl. 108).
- Por medio de comunicación de 10 de febrero de 2012, MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA presentó sus descargos con respecto al contenido de la Resolución N° 0021 de 7 de febrero de 2012 (fls. 109-114).
- El mismo 10 de febrero de 2012, el MUNICIPIO DE TUNJA citó a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA *“con el fin de que manifieste si autoriza la revocatoria del Acto Administrativo Decreto No. 0414 del 26 de diciembre de 2011”* (fls. 100-101).
- Igualmente el 10 de febrero de 2012, en las instalaciones de la Secretaría administrativa del MUNICIPIO DE TUNJA, se reunieron la titular de dicha dependencia y MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, con el fin de dar cumplimiento al artículo 3 de la Resolución N° 0021 de 7 de febrero de 2012³⁶ (fl. 115). En dicho encuentro, la hoy demandada manifestó que no accedía a la revocatoria Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011 (fl. 115).
- Fruto de lo acontecido en la reunión de 10 de febrero de 2012, el día 13 de febrero de dicha anualidad, el Alcalde del MUNICIPIO DE TUNJA profirió auto decretando pruebas para resolver -de fondo- lo actuación administrativa que se había abierto mediante la Resolución N° 0021 de 7 de febrero de 2012 (fl. 116).
- El día 14 de febrero de 2012, la Secretaria administrativa procedió a inspeccionar la hoja de vida de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, concluyendo lo siguiente: *“Verificados los documentos que reposan en la historia laboral (...) se hace constar que no se acredita experiencia mínima de 3 años en asuntos de control interno de gestión”* (fls. 117-121).

³⁶ *“Dentro del término de traslado citar a la funcionaria para que manifieste si autoriza la revocatoria del Acto Administrativo”.*

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

- Para resolver la actuación administrativa que se había abierto, la Alcaldía del MUNICIPIO DE TUNJA expidió la Resolución N° 0055 de 13 de abril de 2012, por medio de la cual declaró que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA *“no cumple ni cumplía requisitos para aceptar, acceder, posesionarse y desempeñar el cargo de jefe oficina asesora código 115 grado 06 de la oficina de control interno”*, y resolvió *“iniciar los trámites pertinentes ante las instancias judiciales a efectos de obtener la nulidad del acto administrativo como quiera que la funcionaria (...) no dio su consentimiento para obtener la revocatoria parcial del decreto 0414 del 26 de diciembre de 2011”* (fls. 133-152).

Lo anterior, al considerar -entre otros puntos- que *“no se encontró que acreditara una experiencia mínima de tres (3) años en asuntos relacionados con el control interno (...) y aunque la servidora manifiesta que cumple con la experiencia de más de tres años, por haber ejercido la profesión como abogada desde el 2007, la norma es clara que para el ejercicio del cargo (...) en vigencia de la Ley 1474 de 2011 se requiere una experiencia en asuntos de control interno la cual no se encuentra acreditada dentro del acervo probatorio de la presente actuación”* (fl. 147).

De otro lado, en lo inherente al nivel académico de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, los documentos allegados al plenario dan cuenta de lo siguiente:

- MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA se graduó como abogada el día 25 de mayo de 2007 (fl. 37); destacándose que su tarjeta profesional da cuenta que fue expedida el día 19 de julio de 2007 (fl. 36).
- MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA es especialista en Derecho Administrativo y especialista en Derecho Comercial (fls. 38-39).

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

413

Por su parte, en lo relativo a la experiencia laboral general y la experiencia relacionada en 'asuntos de control interno' de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, la Sala encontró probado lo siguiente:

- MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA trabajó al servicio de Bavaria SA desde el 4 de agosto de 2008 hasta el 2 de enero de 2009 en el cargo de abogada (fl. 132). En virtud de lo anterior, desempeñó las siguientes funciones:
 - Elaboración de contratos para adquirir bienes y servicios que requirieran las diferentes áreas de la empresa.
 - Emitir conceptos jurídicos para orientar la acción de las distintas áreas de la compañía.
 - Responder derechos de petición solicitando información o reclamando derecho.
 - Elaborar, revisar y aprobar los documentos jurídicos relacionados con el sistema de distribución de la compañía.
 - Participar en los proyectos de desarrollo de la compañía con el fin de asegurar que estos se ajustaran a las normas.

- Posteriormente, la hoy demandada trabajó al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF), a través de un contrato de prestación de servicios que fue suscrito el día 15 de enero de 2009; no obstante no se indicó cuál había sido su fecha de finalización (fls. 128-130). El objeto del mismo fue "*apoyar la atención de los proyectos que se adelantan en los centros especializados, centros zonales y grupo jurídico de la regional Bogotá (...)*", y como obligaciones contractuales a cargo de la contratista, se pactaron -entre otras- las siguientes:
 - Adelantar el estudio de la documentación requerida para la elaboración de los diferentes tipos de contratos que celebra la regional Bogotá del ICBF.
 - Elaboración de contratos, previa verificación del cumplimiento de los requisitos legales.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

- Efectuar la revisión de los requisitos de perfeccionamiento y ejecución de contratos.
 - Realizar la revisión de los términos de referencia que le sean asignados y efectuar las respectivas correcciones.
 - Estar atento a los términos de los procesos de contratación e impulsar cada una de las etapas de los mismos.
 - Proyectar respuestas a las diferentes inquietudes, quejas y reclamos que se interpongan en los procesos de contratación.
 - Proyectar los actos administrativos necesarios para el ejercicio de la actividad contractual.
 - Prestar asesoría y acompañamiento a las diferentes áreas de la regional Bogotá del ICBF.
 - Reportar la información jurídica relacionada con los proyectos de evaluación.
 - Elaborar y revisar las liquidaciones de los contratos que le sean asignados.
 - Estudiar la documentación para reconocer, otorgar y cancelar licencias de funcionamiento y personerías jurídicas de las diferentes entidades como hogares infantiles y hogares comunitarios.
- Luego, MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA trabajó para Telefónica Móviles Colombia desde el 16 de marzo de 2009 hasta el 1 de julio de 2010 en el cargo de ‘profesional jurídica’ (fl. 41).

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

2/4

- Posteriormente, MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA fue designada como Jefe de la oficina de control interno de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA (código 115 - grado 06), cargo que ocupó desde el 31 de agosto hasta el 1 de diciembre de 2010, conforme lo siguiente:

- Por medio del Decreto N° 301 de 30 de agosto de 2010, el MUNICIPIO DE TUNJA resolvió nombrar a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA como Jefe de la oficina de control interno de gestión municipal (código 115 - grado 06) (fl. 53); posesionándose en el mismo desde el día 31 de agosto de 2010 (fl. 54).
- MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA presentó renuncia al cargo el día 1° de diciembre de 2010.
- Por medio del Decreto N° 386 de 2 de diciembre de 2010, el MUNICIPIO DE TUNJA aceptó la renuncia de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, a partir del 2 de diciembre de 2010 (fl. 60).

- Después, MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA fue designada como Secretaria jurídica del MUNICIPIO DE TUNJA (código 020 - grado 09) por el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 2010 y el 25 de diciembre de 2011, conforme lo siguiente:

- Por medio del Decreto N° 388 de 2 de diciembre de 2010, el MUNICIPIO DE TUNJA nombró a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA como Secretaria jurídica de dicho ente territorial (código 020 - grado 09) (fl. 61); posesionándose en el mismo desde el día 2 de diciembre de 2010 (fl. 62).
- De conformidad el Decreto N° 124 de 8 de abril de 2011, durante su vinculación como Secretaria jurídica del municipio, MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA fue encargada temporalmente por el Alcalde para ejercer como Gerente de la empresa Matadero del MUNICIPIO DE TUNJA, a partir del 8 de abril de 2011 (fl. 65-66). Dicho encargo estuvo

Medio de Control : **Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)**
Demandante : **Municipio de Tunja**
Demandado : **María Fernanda Sandoval Borda**
Expediente : **15001-3133-010-2012-00277-00**

vigente hasta el día 28 de junio de 2011, fecha en que fue expedido el Decreto N° 228 de 2011, que nombró al nuevo Gerente de dicha entidad (fl. 67).

- Finalmente, por medio del Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, se resolvió trasladar a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA al cargo de Jefe de la oficina de control interno de gestión municipal, terminando su vinculación como del cargo de Secretaria jurídica del MUNICIPIO DE TUNJA (fl. 24, 68 y 73).
- Lo descrito anteriormente, también puede verificarse con las constancias que expidió la secretaría administrativa del MUNICIPIO DE TUNJA en las cuales se certificó que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA había laborado con el MUNICIPIO DE TUNJA desde el 31 de agosto de 2010, ocupando los siguientes cargos (fls. 78-79 y 368-369):
 - Jefe de la oficina de control interno de gestión del municipio entre el 31 de agosto al 1 de diciembre de 2010.
 - Secretaria jurídica del municipio entre el 2 de diciembre de 2010 y el 25 de diciembre de 2011 (ejerciendo en paralelo, en virtud de un encargo, el puesto de Gerente del matadero municipal entre el 8 de abril y el 28 de junio de 2011).
 - Jefe de la oficina de control interno de gestión del municipio entre el 26 de diciembre de 2011 al 31 de diciembre de 2013.
- Por último, revisados los apartes allegados al proceso del manual específico de funciones y competencias laborales de los empleos del MUNICIPIO DE TUNJA, adoptado mediante la Resolución N° 002 de 2008, se observa que (fls. 370-374):
 - El empleo de Secretario de despacho de la secretaría jurídica del MUNICIPIO DE TUNJA, es de carácter 'directivo' y tiene por propósito ejercer la defensa, asesoría y representación del municipio en los diferentes asuntos que carácter legal que lo requiera. Además, tratándose los requisitos de estudio y experiencia para ejercer el cargo, se observa que era

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
 Demandante : Municipio de Tunja
 Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
 Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

necesario: (i) contar con título de profesional en Derecho y tener la respectiva tarjeta profesional; y (ii) acreditar un (1) año de experiencia profesional (fls. 370-372).

- o El empleo de Jefe de la oficina de control interno y de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA, es un cargo de ‘asesor’ y su propósito es asesorar y verificar los procesos administrativos que se desarrollen al interior del municipio, de conformidad con la normatividad vigente. Con respecto a sus requisitos de estudio y experiencia, el manual de funciones -adoptado en el año 2008- exigía: (i) un título de formación en administración pública, administración de empresa y/o Derecho, con tarjeta profesional vigente; y (ii) demostrar un (1) año de experiencia profesional (fls. 373-374).

5.2 De la nulidad del Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011

Ahora bien, como se había analizado previamente, a partir de la expedición de la Ley 1474 de 2011, para ejercer el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno debía acreditarse un título profesional y experiencia mínima de tres (3) años relacionada en asuntos del control interno.

En el caso de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA para la Sala no hay duda que para el momento de su designación como Jefe de la oficina de control interno de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA, acreditó -con suficiencia- el requisito académico descrito pues, además de demostrar su título profesional de abogada, también allegó sus dos títulos como especialista tanto en Derecho Administrativo, como en Derecho Comercial.

No obstante, en lo relativo a su experiencia profesional y su experiencia relacionada en asuntos de control interno, los medios de prueba que obran en el plenario solamente dieron cuenta de que al momento de su traslado al cargo de Jefe de Control Interno MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA apenas contaba con 1 año, 3 meses y 23 días de experiencia relacionada en asuntos de control interno, conforme se observa:

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
 Demandante : Municipio de Tunja
 Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
 Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

EMPLEO	TIEMPO LABORADO	EXPERIENCIA PROFESIONAL	EXPERIENCIA RELACIONADA EN ASUNTOS DE CONTROL INTERNO
Abogada de Bavaria SA	Del 4 de agosto de 2008 al 2 de enero de 2009	4 meses y 27 días	N/A
Jefe de la oficina de control interno del MUNICIPIO DE TUNJA	Del 31 de agosto de 2010 al 1 de diciembre de 2010	N/A	3 meses
Secretaria jurídica del MUNICIPIO DE TUNJA ³⁷	Del 2 de diciembre de 2010 al 25 de diciembre de 2011	N/A	12 meses y 23 días
TOTAL EXPERIENCIA PROFESIONAL			4 meses y 27 días
TOTAL EXPERIENCIA RELACIONADA EN ASUNTOS DE CONTROL INTERNO			1 año, 3 meses y 23 días
TOTAL EXPERIENCIA PROFESIONAL Y RELACIONADA			1 año y 9 meses

Lo anterior, teniendo en cuenta los puntos que pasan a exponerse:

- Si bien en su hoja de vida particular, MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA manifestó que había trabajado al servicio del departamento legal de la empresa DHL Express Colombia LTDA de diciembre de 2005 a junio de 2006 (fl. 33), lo cierto es que la Sala no puede tener por acreditada tal experiencia ya que, de un lado, al expediente no se arrió ninguna certificación en la que constara tal hecho; y, además, dicha experiencia laboral fue omitida por la misma señora SANDOVAL al momento de diligenciar el formato único de hoja de vida que aportó al MUNICIPIO DE TUNJA -previo a iniciar sus labores con tal entidad- (fls. 29-31).
- De otro lado, a pesar de que al expediente fue allegada certificación emitida por

³⁷ Se anota que la experiencia como Gerente del matadero del MUNICIPIO DE TUNJA no se cuenta aparte y de manera independiente, toda vez que dicho cargo fue ejercido de forma simultánea con su ejercicio como Secretaria Jurídica del ente territorial. Lo anterior, en aplicación de lo previsto por el último inciso del artículo 12 del Decreto 785 de 2005.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
 Demandante : Municipio de Tunja
 Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
 Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

la empresa Telefónica Móviles Colombia en la que se da cuenta que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA trabajó para dicha compañía entre el 16 de marzo de 2009 y el 1 de julio de 2010 (fl. 41), tal experiencia no puede ser tenida en cuenta puesto que nunca se certificó la “relación de las funciones desempeñadas”, conforme lo prescribe -obligatoriamente- el numeral 12.3 del artículo 12 del Decreto 785 de 2005³⁸.

- En similar sentido, tratándose de la experiencia profesional presuntamente adquirida en el ICBF, la misma tampoco puede ser tenida en cuenta por la Sala toda vez que, si bien se indicó el nombre de la entidad y la relación de ‘funciones’³⁹ desempeñadas por MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA (fls. 128-130), no se tiene certeza respecto de cuál fue el tiempo exacto de servicios; esto, ya que solo se mencionó que el contrato de prestación de servicios había sido suscrito el día 15 de enero de 2009 (sin que se indicara fecha de suscripción del acta de inicio, ni tampoco fecha de terminación y liquidación); lo que contraviene lo normado por el numeral 12.2 del artículo 12 del Decreto 785 de 2005.
- Ahora bien, a pesar de que en las Resoluciones N° 0021 de 7 de febrero de 2012 (fls. 103-104) y N° 0055 de 13 de abril de 2012 (fls. 134-135 y 142-145), el MUNICIPIO DE TUNJA señaló que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA contaba con cierta experiencia que presuntamente había adquirido al haber trabajado al servicio de las empresas y entidades públicas referidas en las viñetas anteriores, lo cierto es que tal información no puede darse por cierta por parte de la Sala.

Lo anterior, ya que tales afirmaciones del ente territorial se basaron en el presunto contenido del “ACTA DE VERIFICACIÓN DE DOCUMENTACIÓN QUE REPOSA EN LA HOJA DE VIDA DE LA DOCTORA MARÍA FERNANDA SANDOVAL” (fls. 117-121). No obstante, revisado tal documento, se observa que jamás fueron, por ejemplo, listadas las respectivas constancias que dieran fe de

³⁸ “Artículo 12. Certificación de la experiencia. La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias escritas, expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas. Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo. // Las certificaciones de experiencia deberán contener, como mínimo, los siguientes datos: 12.1. Nombre o razón social de la entidad o empresa. // 12.2. Tiempo de servicio. // 12.3. Relación de funciones desempeñadas”.

³⁹ Léase, obligaciones contractuales.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

que la hoy demandada hubiera -efectivamente- laborado en dichas empresas y entidades; sino que esta información simplemente fue extractada del documento denominado “2) Hoja de vida de la funcionaria, en la que relaciona⁴⁰ su experiencia así (...)”⁴¹.

Quiere decir ello que la información allí descrita no es más que una transcripción de la información que unilateralmente plasmó la misma MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA en su hoja de vida particular -y, valga señalar, sin soporte documental alguno- (fls. 32-34).

- Es preciso aclarar que, en el presente caso y teniendo en cuenta la naturaleza de los empleos, no era viable aplicar las equivalencias de estudios por experiencia que prevé el artículo 25 del Decreto 785 de 2005, conforme al cual “de acuerdo con la jerarquía, las funciones, las competencias y las responsabilidades de cada empleo, podrán prever la aplicación de las siguientes equivalencias”:

“25.1 Para los empleos pertenecientes a los **niveles Directivo, Asesor y Profesional**:

25.1.1 El título de **posgrado en la modalidad de especialización** por:

25.1.1.1 **Dos (2) años de experiencia profesional** y viceversa, siempre que se acredite el título profesional, (...)”.

En tal contexto, si bien MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA acreditó -adicional a su título profesional- dos títulos de especialización en diferentes ramas del Derecho (fls. 38-39), lo cierto es que tales diplomas solo podrían hacerse equivalentes por experiencia de corte ‘profesional’; y no por la experiencia ‘relacionada’⁴² que era exigida en el parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011.

⁴⁰ Entiéndase, ella misma.

⁴¹ La cual reposa a folios 23 a 34 del expediente; y de la cual, valga resaltar, su información no coincide con la reportada en el formato de hoja de vida del Departamento Administrativo de la Función Pública de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA (fls. 29-31).

⁴² Al respecto, el artículo 11 del Decreto 785 de 2005 prevé: “Artículo 11. Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio. // Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en **profesional, relacionada, laboral y docente**. // **Experiencia Profesional**. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pènsun académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo. // **Experiencia Relacionada**. Es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio. (...)”.

417

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
 Demandante : Municipio de Tunja
 Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
 Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

- De igual forma, resulta importante subrayar que, atendiendo a los parámetros dispuestos por la jurisprudencia del Consejo de Estado⁴³, la experiencia de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA como Secretaria jurídica del MUNICIPIO DE TUNJA fue tenida en cuenta -para la resolución del presente caso- como experiencia ‘relacionada’ en asuntos de control interno.

No obstante, aun sumando ésta, junto con la experiencia que específicamente adquirió la hoy demandada cuando ejerció el cargo de Jefe de la oficina de control interno de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA (entre el 31 de agosto y el 1 de diciembre de 2010), de todas formas la Sala concluye que no se logran acreditar los tres (3) años exigidos por el parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011.

- Asimismo, no desconoce la Sala que, según el manual específico de funciones y competencias laborales de los empleos del MUNICIPIO DE TUNJA allegado al proceso (fls. 370-374), el empleo de Jefe de la oficina de control interno y de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA apenas requería la acreditación de un título profesional -en determinadas áreas⁴⁴- y una experiencia profesional de un (1) año.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, de un lado, el citado manual fue adoptado mediante la Resolución N° 002 de 2 de enero de 2008, sin que en el presente proceso se hubiere probado que tal documento hubiera sido actualizado posteriormente; y, de otro lado, que en todo caso, la Ley 1474 de 2011 -que estableció los nuevos requisitos para el ejercicio del cargo- es una norma que ostenta un rango mucho mayor, razón por la cual lo dispuesto por ella prevalecía por encima de lo indicado en el referido manual de funciones⁴⁵.

⁴³ Jurisprudencia que, según se vio, considera que la experiencia en asuntos de control interno no se adquiere únicamente por haber trabajado en la oficina que una entidad haya creado con tal fin; y que señala que quien se haya desempeñado como jefe de alguna dependencia, máximo directivo o representante legal de una entidad, puede acreditar el requisito de experiencia a que hace alusión la Ley 1474 de 2011, puesto que tales cargos llevan intrínsecas funciones de control interno en virtud de la ley.

⁴⁴ Administración pública, administración de empresa y/o Derecho.

⁴⁵ Las leyes son de obligatorio e inmediato cumplimiento y priman sobre las demás disposiciones de menor rango que dispongan lo contrario.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

- Finalmente, aún si se siguiera la línea de argumentación expuesta por el apoderado de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, en el sentido de que lo dispuesto en el acto administrativo demandado simplemente fue el ‘traslado’ de la hoy demandada a un nuevo cargo⁴⁶, lo que escasamente requería que el mismo se realizara “*entre cargos con funciones afines*” (fl. 345), observa la Sala que ello es desacertado.

Lo anterior, al considerar que la norma vigente para los hechos de la demanda, prescribía que tal forma de proveer el empleo tiene como requisito *sine qua non* que ambos cargos ostenten la misma categoría y que cuenten con las mismas exigencias en cuanto a los requisitos mínimos se refiere. El artículo 29 del Decreto 1950 de 1973 señalaba:

“ARTICULO 29. Se produce traslado cuando se provee, con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría, y para el cual se exijan requisitos mínimos similares.

También hay traslado cuando la administración hace permutas entre empleados que desempeñen cargos de funciones afines o complementarias, que tengan la misma categoría y para los cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño. (...).”

Así las cosas, (i) teniendo en cuenta que no se acreditó en debida forma la experiencia que supuestamente MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA adquirió en DHL Express Colombia LTDA, Telefónica Móviles Colombia y el ICBF; (ii) considerando que las labores que la hoy demandada adelantó en Bavaria SA no comprendieron asuntos de control interno⁴⁷; y (iii) reparando en que, aún si la experiencia en Bavaria SA hubiera sido en asuntos de control interno, de todas formas MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA no hubiera alcanzado a cumplir el requisito mínimo de experiencia relacionada previsto en el parágrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, la Sala concluye que el nombramiento de la demandada en

⁴⁶ Y no su nombramiento.

⁴⁷ Toda vez que no se refirieron a la mediación y evaluación los controles propios del señalado Sistema, a la asesoría para lograr la continuidad de los procesos administrativos, a la revaluación de planes y adopción de correctivos para buscar el cumplimiento de metas, a la realización de auditorías, a la ejecución de actividades para el fomento de la cultura de control y a la evaluación de procesos de planeación; ni tampoco consistieron en formular, evaluar e implementar políticas de control interno, valorar riesgos, evaluar y realizar seguimiento a las funciones de la entidad o efectuar acompañamiento ni asesoría para establecer mecanismos de control.

418

Medio de Control	:	Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante	:	Municipio de Tunja
Demandado	:	María Fernanda Sandoval Borda
Expediente	:	15001-3133-010-2012-00277-00

el cargo de Jefe de la oficina de control interno de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA fue *contra legem*.

Finalmente, en lo inherente al supuesto ‘fuero’ que protegía a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA⁴⁸, que según su apoderado “*le permitía continuar en el ejercicio de las funciones (...) hasta tanto el mandatario Municipal correspondiente, procediera a designar*” (fl. 352) su reemplazo, la Sala simplemente reitera e insiste en que, si bien es cierto que los responsables del control interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerían en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde hiciera la designación del nuevo funcionario en la mitad de su respectivo periodo, lo cierto es que cualquier nombramiento que se efectuare a partir del 12 de julio de 2011⁴⁹, debía respetar los nuevos requisitos relativos a acreditar una formación profesional y una experiencia relacionada mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

Así las cosas, dado que el análisis probatorio expuesto en precedencia permitió concluir a la Sala que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA se posesionó en el cargo de Jefe de la oficina de control interno de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA sin cumplir con el requisito de experiencia mínima relacionada exigido en el párrafo 1° del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, tal argumento de la defensa queda completamente desvirtuado.

Por lo expuesto, la Sala declarará la nulidad parcial del Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, por medio del cual el Alcalde del MUNICIPIO DE TUNJA designó a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA como Jefe de oficina asesora (código 115 - grado 06) de la Oficina de control interno de gestión.

5.3 Del restablecimiento del derecho solicitado por el MUNICIPIO DE TUNJA

Consecuencia de la declaratoria de nulidad solicitada, el MUNICIPIO DE TUNJA también pidió que se ordenara a MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA

⁴⁸ Según el párrafo transitorio del artículo 9 de la Ley 1474 de 2011.

⁴⁹ Fecha de entrada en vigencia de la Ley 1474 de 2011.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

realizar la devolución de los sueldos devengados “desde el momento en que se realizó la designación y posesión en el cargo de jefe de oficina Asesora, código 115, Grado 06 de la Oficina de Control Interno de Gestión del Municipio de Tunja” (fl. 5).

Al respecto, la parte final del numeral 2° del artículo 136 del CCA prescribe que “no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe”.

En efecto, según la norma en cita, la devolución de las sumas pagadas por tales conceptos, se encuentra supeditada a la verificación de conductas reprochables encaminadas a defraudar a la administración con el fin de obtener un provecho injusto; de modo que, si ello no se logra demostrar, no habrá lugar a ordenar reintegro alguno.

En virtud de lo anterior, se tiene entonces que si la entidad demandante pretende recuperar las prestaciones pagadas con ocasión de la expedición de un acto ilegal, debe desvirtuar la presunción de buena fe de la que gozan las actuaciones del particular frente a la administración. Lo anterior, como quiera que la presunción de buena fe establecida en la Constitución⁵⁰, respecto de las gestiones que los particulares realicen ante las autoridades públicas, es de carácter legal y por ende, admite prueba en contrario. En estos temas, el Consejo de Estado ha considerado lo siguiente:

“Atendiendo tanto al concepto como a la forma de aplicación del principio de la buena fe es posible afirmar que en el caso bajo estudio este tiene plena operatividad en beneficio del demandado en lo concerniente a la percepción de la indemnización en la cuantía reconocida pues hasta el momento la entidad demandante no ha alegado ni menos demostrado la mala fe del señor RAÚL RIVERA GÓMEZ, por el contrario, admitió que la actual controversia se originó en un error de la administración en la aplicación del artículo 140 del Decreto 1572 de 1998.

Ahora bien, la acción de lesividad tiende a obtener la nulidad de los actos administrativos ilegales que perjudican a la administración, y que esta no puede revocar unilateralmente por no configurarse los requisitos previstos en el artículo 6910 del Código Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 7311 del mismo estatuto.

⁵⁰ “ARTICULO 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
 Demandante : Municipio de Tunja
 Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
 Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

La acción de lesividad es equivalente a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que ejercen los particulares con el fin de cuestionar la legalidad de un acto administrativo concreto y tiene entre otras características, que en ella la administración comparece al proceso en calidad de demandante y de demandada, buscando obtener la nulidad de un acto administrativo expedido por ella, invocando una o varias de las causales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A.

(...)

En consecuencia, con fundamento en la naturaleza jurídica de la acción de lesividad, es válido afirmar que su prosperidad no depende de la inobservancia del principio de buena fe por parte del ciudadano pues la declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado radica en que se pruebe una de las referidas causales de nulidad”⁵¹.

Lo anterior, implica que se requiere la ausencia de la buena fe en el sujeto del derecho que se beneficia del error de la administración. Por tanto, para la prosperidad del restablecimiento del derecho la carga de la prueba debe ser asumida por la administración en calidad de parte demandante, quien debe demostrar los elementos suficientes a efecto de desvirtuar la presunción de la buena fe a que se refiere el artículo 83 de la Constitución Política.

Dicho de otro modo, para que sea procedente la devolución de las sumas pagadas a la demandada, es necesario verificar que hayan mediado conductas reprochables encaminadas a defraudar a la administración a efecto de obtener tales reconocimientos, de modo que si ello no se logra demostrar -se insiste- no habrá lugar a ordenar reintegro alguno.

En el caso de marras, respecto del restablecimiento del derecho que solicita el MUNICIPIO DE TUNJA, esto es, la devolución de lo pagado como consecuencia de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos enjuiciados, precisa la Sala que la administración tiene derecho, en principio, a que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA reembolse lo presuntamente mal pagado, siempre y cuando demuestre que dicho pago se realizó efectivamente y que la accionada actuó de mala fe, ya que no basta con demostrar el fenómeno de la ilegalidad dentro del que se contextualiza el error que hace anulable el acto.

⁵¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE DOCTOR JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Bogotá D.C., ocho (8) de mayo de dos mil ocho (2008). REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200213231 01. NÚMERO INTERNO 0949-2006. AUTORIDADES DISTRIALES ACTOR: HOSPITAL CENTRO ORIENTE, II NIVEL, E.S.E.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

Con respecto al pago efectivo, al proceso solamente se allegó un recibo de nómina de lo percibido por MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA entre el 1 de enero de 2012 y el 30 de abril de 2012 (fl. 26). Sin perjuicio de lo anterior, en lo relativo al actuar de mala fe de la demandada, el MUNICIPIO DE TUNJA no lo alegó y, evidentemente, tampoco lo probó.

En el plenario, lo único que se observa es que en la demanda el MUNICIPIO DE TUNJA indicó: (i) que en caso de sobrevenir alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público debía advertirlo; (ii) que era deber del servidor público acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo; (iii) que era obligación del servidor público poner en conocimiento del superior los hechos que pudieran perjudicar el función de la administración; y (iv) que estaba prohibido proporcionar datos inexactos o presentar documentos ideológicamente falos u omitir información que tenga incidencia en su vinculación o permanencia en el cargo.

No obstante, observa la Sala que el MUNICIPIO DE TUNJA no tuvo en cuenta que tratándose de la verificación del cumplimiento de los requisitos para ejercer el cargo de responsable de control interno, el artículo 50 del Decreto 1950 de 1973 - norma vigente para la época de los hechos de la demanda- prescribía que ello era competencia del jefe de la unidad de recursos humanos de la entidad donde se aspiraba ingresar:

“ARTICULO 50. Los Jefes de Personal de los organismos administrativos o quienes hagan sus veces deberán verificar el cumplimiento de los requisitos y calidades a que se refiere el artículo anterior.

El incumplimiento de esta obligación constituye causal de mala conducta”.

En este punto, considera la Sala que es importante resaltar que, para evitar el abuso del derecho, nadie puede alegar a su favor su propia culpa; más aún cuando se trata de recuperar un dinero que fue recibido de buena fe. En la sentencia T-213 de 2008, la Corte Constitucional señaló sobre este punto:

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

“Así, de antiguo se ha aceptado, además como una regla que constituye la antitesis de la bona fides, la prohibición de pretender aprovecharse del propio error, dolo o de la culpa de quien por su desidia, incuria o abandono resulta afectado.

Dicha regla, materializada en el aforismo nemo auditur propriam turpitudinem allegans, ha tenido incluso, una incorporación expresa en nuestro ordenamiento sustantivo civil de acuerdo con el postulado general de la “improcedencia por aprovechamiento en culpa y en dolo propio”.

(...)

Recordemos que, nadie puede presentarse a la justicia para pedir protección si ella tiene como fundamento la negligencia, mala fe o dolo que ha cometido.

Así, los Tribunales deben negar toda súplica cuya fuente es la incuria, el dolo o mala fe en que se ha incurrido, de acuerdo con la máxima nemo auditur suam turpitudinem allegans, pues ello, según advierten los autores es contrario al orden jurídico y al principio que prohíbe abusar de los propios derechos (Art. 95 C.N.)”.

Así las cosas, lejos de haberse acreditado o si quiera alegado una mala fe por parte de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA, lo cierto es que todo indica que ella siempre tuvo la convicción de que cumplía los requisitos para el ejercicio del cargo, razón por la cual, devengar su salario era entonces una consecuencia natural y obvia.

Nótese que MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA se opuso a la revocatoria del acto administrativo demandado porque consideraba *“que en efecto cumplía con la totalidad de requisitos y calidades para acceder a cargo de Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno de Gestión de la Alcaldía de Tunja”* (fl. 342) y porque (...) *con la simple verificación de su hoja de vida (...) se puede establecer que en cada uno de los cargos que ha desempeñado a lo largo de su trayectoria profesional, ha debido cumplir funciones de control interno (...)*” (fl. 347). Además, a través de su apoderado, ella afirmó que obraba con la consciencia de que no se cometía ninguna ilegalidad en su designación como Jefe de la oficina de control interno y de gestión del ente territorial demandado ya que *“en época precedente ya había desempeñado el aludido cargo”* (fl. 350).

En un caso con supuestos fácticos similares, el Consejo de Estado indicó:

“La declaratoria de nulidad del acto de nombramiento de quien reemplazó al actor es procedente en el trámite de la presente acción, por las razones expuestas al desatar la cuestión previa relacionada con la acumulación de pretensiones, adicionalmente, destaca la Sala que pese a que el señor Luis Fernando Ulloa Vergara fue vinculado al proceso en virtud

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 207 de C.C.A, según consta en el auto admisorio de la demanda (fl. 99) y haber sido notificado personalmente de la demanda (fl.107), no compareció a ejercer su derecho de contradicción y defensa, de suerte que no resulta sorprendido con el presente pronunciamiento, pues su derecho a la defensa fue debidamente garantizado con su vinculación al proceso.

Así las cosas, por encontrarse configurado el vicio de infracción a la Ley se declara la nulidad del acto de nombramiento expedido dentro del periodo de la restricción legal. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, considera la Sala que en este caso no hay lugar a exigir la devolución de los salarios y prestaciones percibidos por el señor Luis Fernando Ulloa Vergara, en virtud de la presunción legal contenida en el artículo 136 numeral 2 del C.C.A, de haberlos recibido de buena fe, y por cuanto la ilegalidad de su nombramiento es imputable a la entidad. En caso de que el tercero permanezca en el desempeño del cargo, su vinculación laboral terminará como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de su nombramiento”⁵².

Por lo expuesto, la Sala concluye que no hay lugar ordenar a la demandada a realizar la devolución de los sueldos que devengó mientras estuvo vigente -y se presumía legal- su nombramiento como Jefe de la oficina de control interno de gestión del MUNICIPIO DE TUNJA.

VI. COSTAS PROCESALES

En materia de costas, el artículo 171 del CCA prescribe:

“ARTÍCULO 171. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil” (Resaltado fuera de texto).

Al respecto, se observa que la norma no impone la condena en costas de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, sino que debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación.

Atendiendo a lo anterior, la Sala se abstendrá de condenar en costas y agencias en derecho, en la medida en que no se avizora conducta temeraria o malintencionada

⁵² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B". Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09). Actor: CARLOS FRANCISCO RESTREPO PALACIO. Demandado: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA D.C. E.S.P.

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00

50

de parte de los involucrados en la contienda, sumado a que no aparece prueba en el expediente sobre la causación de gastos y costas en el curso del proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 2 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA.

PRIMERO: Declarar la nulidad del artículo 1° del Decreto N° 414 de 26 de diciembre de 2011, en lo relativo al traslado de MARÍA FERNANDA SANDOVAL BORDA como Jefe de Oficina Asesora código 115 - grado 06 de la Oficina de Control Interno de Gestión del MUNICIPIO DE TUNJA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Denegar las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin condena en costas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO: Una vez en firme esta providencia, archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado.

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de decisión No. 2 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

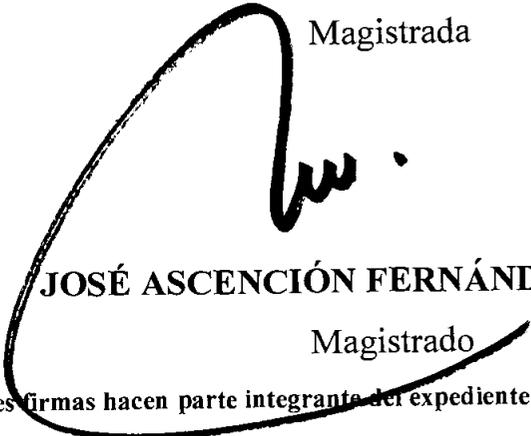
LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Medio de Control : Nulidad y restablecimiento del derecho (lesividad)
Demandante : Municipio de Tunja
Demandado : María Fernanda Sandoval Borda
Expediente : 15001-3133-010-2012-00277-00



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada



JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

Magistrado

Las anteriores firmas hacen parte integrante del expediente No. 15001-3133-010-2012-00277-00