

251

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA
SUB SECCION "D"

Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011)

Magistrado Sustanciador: Doctor Luis Alberto Álvarez Parra

APELACIÓN SENTENCIA

REFERENCIA: Exp.: 2010-00123
DEMANDANTE: BLANCA NELLY LÓPEZ
DEMANDADO: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 11 de enero de 2011, por el Juzgado Doce (12) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá, en el proceso de la referencia que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora Blanca Nelly López Caro, en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó la nulidad de la Resolución No. 1221 de 30 de septiembre de 2009, expedida por el Contralor General de la República, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de Profesional Especializado, Grado 04, del cual era titular, en el Despacho del Contralor de la Contraloría General de la República

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó, se ordene a la entidad accionada a reintegrarla al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, de funciones y requisitos afines para su ejercicio, con retroactividad al 6 de octubre de 2009, fecha correspondiente al último día laborado, luego de haber sido declarada insubsistente el 30 de septiembre de 2009.

Que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar todas las sumas correspondientes a sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos dejados de percibir, inherentes a su cargo, con retroactividad a la fecha del último día laborado, hasta cuando sea reintegrada al servicio, incluyendo el valor de los aumentos que se hubieren decretado con posterioridad a la declaratoria de insubsistencia.

Que se disponga que para todos los efectos legales no hubo solución de continuidad en la prestación del servicio desde cuando fue declarada insubsistente hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

Que se de cumplimiento a la sentencia de conformidad con lo previsto en los artículos 176, 177 y 178 del C.C.A.

La parte demandante elevó los siguientes cargos contra el acto acusado:

Manifestó, que debió motivarse el acto de insubsistencia, habida cuenta que el nombramiento de la accionante, se realizó en un cargo de carrera administrativa por lo que se encontraba con un nombramiento en provisionalidad y, respecto de los cuales el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005, que reglamentó la Ley 909 de 2004, establece que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Afirmó, que al ocupar un cargo de carrera administrativa en forma provisional, goza de una relativa estabilidad, pues la desvinculación no podía ser de forma discrecional por el nominador. Agrega, que laboró en la Contraloría Delegada para Investigaciones Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, dependencia diferente a la del Despacho del señor Contralor General de la República, por lo que no era funcionaria de confianza, ni asesora del Contralor, en consecuencia, no puede aducirse que su cargo era de libre nombramiento y remoción por la confianza que **implica el personal que labora en el Despacho**. Igualmente, indicó, que goza de especial protección por ser madre cabeza de familia

LA SENTENCIA

El Juzgado Doce Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D.C., a través de la sentencia de 11 de enero de 2011, negó las

SEGUNDA INSTANCIA

T.A.C. Sección Segunda, Subsección "D" 2010-00123

pretensiones de la demanda, con base en las siguientes consideraciones (fls 175 a 187).

Expresó, que el cargo de Profesional Especializado, Grado 04, del Despacho del Contralor General, que ocupaba la demandante, tenía entre otras funciones de "formular políticas, métodos y procedimientos de acuerdo con los resultados de las investigaciones especiales, que permitan la orientación de las decisiones institucionales". Las demás funciones están relacionadas con la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva y muchas de ellas implican una especial confianza debido a temas delicados que debe desarrollar.

En este orden de ideas, no cabe duda que la razón por la cual la demandante prestaba sus servicios en la Contraloría Delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, era porque así lo establecía el Manual de Funciones, no obstante sus servicios seguían adscritos al Despacho del Contralor General. En consecuencia, el cargo ocupado por la accionante era de libre nombramiento y remoción y su retiro se debió a la facultad discrecional del nominador, el cual no requiere motivación expresa.

Puntualizó, que la demandante no demostró ser madre cabeza de familia y, por ende, que gozaba de especial protección, no obstante, independientemente de que lo hubiese probado, la desvinculación de ésta no proviene de una reestructuración en la Administración Pública o de una liquidación forzosa administrativa, sino de la declaratoria de insubsistencia en un cargo de libre nombramiento y remoción, por tanto, no se le aplica la Ley 790 de 2002, la cual estableció la protección laboral "reforzada".

RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló la sentencia proferida por el Juzgado Doce **Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá**, mediante escrito que obra en los folios 189 a 197 del expediente, por medio del cual manifestó que de conformidad con la sentencia C -514 de 1994, de la H Corte Constitucional los cargos de profesional universitario de la Contraloría General de la República, por ser del nivel profesional son de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción

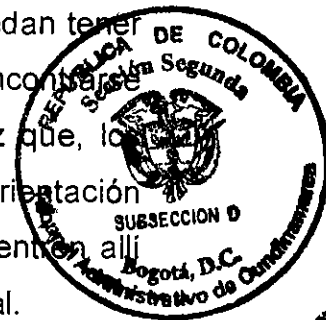
SEGUNDA INSTANCIA

T.A.C. Sección Segunda, Subsección "D" 2010-00123

4

259

Señaló, que los cargos de Profesional Universitario no se encuentran relacionados hoy como cargos de libre nombramiento y remoción en el Decreto 268 de 2000 y, cuando se pretendió consagrarlos como de dicha naturaleza, a través de la Ley 106 de 1993, la misma Corte declaró inexecutable dicha naturaleza. Así mismo, no puede deducirse que los mismos cargos, puedan tener el carácter de libre nombramiento y remoción, por el solo hecho de encontrarse adscrito al Despacho del Contralor General de la República, toda vez que, los cargos de nivel profesional no son cargos de asesoría o de orientación institucional por el hecho de encontrarse en el Despacho, que se encuentren allí no significa que sean de confianza, tal como lo dijo la Corte Constitucional.



Con base en lo anterior, por ser el cargo desempeñado por la actora de carrera administrativa y encontrarse en provisionalidad, la providencia de desvinculación tenía que ser motivada, con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

ALEGACIONES FINALES

La apoderada de la entidad accionada, elevó sus alegatos de conclusión a folios 220 a 232 del expediente, precisando que la demandante ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual podía ser retirada del servicio en cualquier momento por el nominador, en virtud de la facultad discrecional que le otorga la ley, sin necesidad de motivar la decisión.

La parte actora y el Agente del Ministerio Público no se pronunciaron en esta etapa procesal.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En el presente proceso se controvierte la legalidad de la Resolución No. 1221 de 30 de septiembre de 2009, expedida por el Contralor General de la República, mediante la cual se declaró la insubsistencia del nombramiento de Profesional

Especializado, Grado 04, del cual era titular, en el Despacho del Contralor General de la República.

Problema jurídico

Consiste en determinar si la Resolución No 1221 de 30 de septiembre de 2009, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Profesional Especializado, Grado 04, desempeñado por la demandante exige o no motivación expresa

Acervo probatorio

* A través de la Resolución No. 02028 de 13 de noviembre de 2002, el Contralor General de la República, nombró a la señora Blanca Nelly López Caro, en el cargo de Profesional Especializado, Nivel Profesional, Grado 04, del Despacho del Contralor General (fl 5).

* Por medio de la Resolución No. 1221 de 30 de septiembre de 2009, expedida por el Contralor General de la República, se declaró la insubsistencia del nombramiento de Profesional Especializado, Grado 04, del Despacho del Contralor General de la República, desempeñado por la señora Blanca Nelly López Caro (fl 3).

* Mediante Oficio de 2 de diciembre de 2008, emitido por la Contralora Delegada para Investigaciones – Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva-, se le asignó a la accionante funciones internas correspondientes a 1) Coordinar el Grupo CORDIS, del Despacho de la Contraloría Delegada y efectuar el seguimiento a las labores allí desarrolladas, 2.) Coordinar el reparto oportuno de la correspondencia recibida y realizar el control de plantillas de trámite, 3) Analizar autos por medio de las cuales se deciden cambios de radicación de los Procesos **de Responsabilidad Fiscal y/o Indagaciones Preliminares solicitados por las Gerencias Departamentales**, 4.) Dirimir el conflicto de competencias que se presenta entre las Direcciones de la Delegada y/o entre las Gerencias Departamentales y el Nivel Central respecto al Proceso de Responsabilidad Fiscal e Indagaciones Preliminares y; 5.) Analizar y proyectar el Auto por medio del cual se dirimen impedimentos presentados por los funcionarios, respecto al

conocimiento del Proceso de Responsabilidad Fiscal o Indagación Preliminar (fls 18).

* Hoja de vida de la accionante con sus soportes (fls 80 a 145)

NATURALEZA JURIDICA DEL CARGO Y NORMATIVIDAD APLICABLE

Sea lo primero establecer que el cargo desempeñado por la señora Blanca Nelly López Caro era Profesional Especializado, Nivel Profesional, Grado 04, del Despacho del Contralor General, motivo por el cual se entrará a analizar si el mismo era de libre nombramiento y remoción o de carrera administrativa, para así entrar a analizar el problema jurídico planteado.

Por medio del artículo 125 de la Constitución Política se fijo como principio general que los empleos son de carrera administrativa, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los trabajadores oficiales según las distintas funciones que corresponden a la entidad u organismo, dispuso dicha norma:

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

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

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará, por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción."

Por su parte, el **Numeral 10° del artículo 268 de la Constitución Política**, señaló, entre las atribuciones del Contralor General de la República, lo concerniente **a la carrera administrativa de la siguiente forma:**

"ARTICULO 268 El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones.

(. .)

10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de

SEGUNDA INSTANCIA

T.A.C. Sección Segunda, Subsección "D" 2010-00123

7

la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho

()"

En virtud de lo anterior, se expidió la Ley 106 de 30 de diciembre de 1993, por medio de la cual se dictaron normas sobre la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se estableció su estructura orgánica, se determinó la organización y funcionamiento de la Auditoría Externa, se organizó el Fondo de Bienestar Social, se determinó el Sistema de Personal, se desarrolló la Carrera Administrativa Especial y se dictaron otras disposiciones, estableciendo en su artículo 122, que los cargos de dicha entidad eran de carrera administrativa con excepción de los enlistados, los cuales corresponden a libre nombramiento y remoción, previó la norma:

ARTÍCULO 122. CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA <Apartes en cursiva declarados INEXEQUIBLES. Apartes subrayados declarados EXEQUIBLES> Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Contraloría General de la República, con excepción de los de libre nombramiento y remoción, que enumeramos a continuación - Vicecontralor - Secretario General - *Secretario Administrativo* - *Director General* - *Jefe de Oficina* - *Director Seccional* - Secretario Privado - *Asesor* - *Jefe de Unidad* - *Director* - *Jefe de Unidad Seccional* - *Rector* - *Jefe de División* - *Jefe de División Seccional* - *Profesional Universitario Grados 13 y 12* - *Vice-Rector* - *Coordinador* - *Secretario General Grado 12* - *El personal que dependa directamente de los Despachos del Contralor General, Vicecontralor, Secretario General, Secretario Administrativo y Auditor general*

Respecto a la constitucionalidad de dicho artículo de la Ley 106 de 1993, la H. Corte Constitucional se pronunció en sentencia de 11 de septiembre de 1995 (sentencia C- 405/94), M.P. Dr. Fabio Moron Díaz, Expediente No D-803 Frente al último inciso del artículo 122 expresó:

"(..) Ahora bien, por lo que se refiere al último inciso del mencionado artículo, que coloca al personal que depende directamente de los despachos del Contralor General, y Vicecontralor, Secretario General, **Secretario Administrativo y el Auditor General, en condiciones de libre nombramiento y remoción, la Corte encuentra que es inexecutable, pues en todo caso los servidores vinculados directamente a sus despachos, constituyen un personal que no participa en la adopción de la política de la entidad ni en la definición de situaciones en las que se comprometa la orientación de la misma, y en todo caso su vinculación no requiere de los niveles de confianza laboral necesaria como para ser ubicado por fuera del marco general y prevalente de la carrera**

SEGUNDA INSTANCIA
T.A.C. Sección Segunda, Subsección "D" 2010-00123

8

La Corte reafirma la prevalencia de la regla general de la carrera administrativa y admite que sólo por excepción es posible la exclusión legal de algunos funcionarios o servidores públicos cuando se presente este tipo de relación de confianza o de *intuitu personae* o de las responsabilidades de dirección, como se advierte en este fallo. Estas consideraciones, desde luego, comprenden a los niveles, asesor, ejecutivo, técnico administrativo y operativo y auxiliar, que trabajan de forma permanente en los despachos de los mencionados funcionarios directivos de la entidad, que por regla general son de carrera, y que en dichos grados y a la luz de la Constitución Política deben proyectar niveles óptimos de profesionalismo y rendimiento técnico que se expresan en las reglas de la carrera

(subrayado fuera de texto)

Así entonces, la Corte fue clara en determinar que aquel personal que se encuentra adscrito directamente a los Despachos del Contralor General, Vicecontralor, Secretario General, Secretario Administrativo y Auditor General, no pueden por ese sólo hecho ser considerados como funcionarios de libre nombramiento y remoción, toda vez que no existe entre ellos responsabilidades de dirección y, no cumplen un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adopten políticas o directrices fundamentales. Así, dichos cargos son de carrera administrativa

Posteriormente, a través del **Decreto Ley 268 de 2000**, se derogaron las anteriores disposiciones y, se consagró en su artículo 3º qué cargos eran de libre nombramiento y remoción, de la siguiente forma:

ARTICULO 3. CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA Son cargos de carrera administrativa todos los empleos de la Contraloría General de la República, con excepción de los de libre nombramiento y remoción que se enumeran a continuación

(Aparte tachado INEXEQUIBLE- , aparte subrayado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-284-11 de 13 de abril de 2011, según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 12 y 13 de abril 2011, Magistrado Ponente Dra. María Victoria Calle Correa)

) Vicecontralor - Contralor Delegado - Secretario Privado - Gerente - Gerente Departamental - Director - Director de Oficina - Asesor de Despacho - Tesorero

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

En todo caso son cargos de libre nombramiento y remoción

1 Aquellos que sean creados y señalados en la nomenclatura con una denominación distinta pero que pertenezcan al ámbito de dirección y conducción institucional, de manejo o de especial confianza

2. Los empleos cuyo ejercicio implique la administración y el manejo directo de bienes, dinero y valores del Estado

3. Aquellos que no pertenezcan a los organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones, como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personal de los servidores de la Contraloría General de la República

La Corte Constitucional según Comunicado de Prensa de la Sala Plena de 12 y 13 de abril 2011, Magistrado Ponente Dra. María Victoria Calle Correa, declaró exequibles a través de la sentencia C-284-11 de 13 de abril de 2011, las expresiones "Gerente Departamental", "Director de Oficina" y "Asesor del despacho", contenidas en el artículo 3 del Decreto Ley 268 de 2000, e inexecutable la expresión "director" contenida en el artículo 3 del citado decreto, ello de conformidad con las funciones que estos desempeñan, de éste último precisó:

"(.) No ocurre lo mismo con el cargo de Director, pues aun cuando el artículo 3º del Decreto 268 de 2000 lo clasifica como un empleo de nivel directivo, tiene como responsabilidad orientar y dirigir en forma inmediata en el ámbito de su competencia, el conjunto de labores y actividades que demande el ejercicio de sus funciones, responder, en su respectivo nivel, por los resultados de la gestión misional o administrativa, según el caso, por la conducción institucional, por la orientación de las políticas y su formulación, por el apoyo inmediato de naturaleza técnica que demande cada contraloría delegada, gerencia nacional o los directivos de otras áreas. Es decir, que su competencia cubre un sinnúmero de funciones meramente administrativas que no son incompatibles con un sistema de carrera, pues no conducen a la adopción de políticas de la entidad, ni implican confianza especial, ni responsabilidad de aquel tipo que reclame este mecanismo de libre nombramiento y remoción (subrayado fuera de texto) (.)"

De esta forma, la Corte reiteró la postura que había venido sosteniendo en la sentencia C- 405/94, al manifestar, entre otras cosas, que es en razón de las funciones desempeñadas por los funcionarios de la Contraloría General de la República lo que define si los cargos son de libre nombramiento y remoción, cuando en aquella oportunidad declaró la inexecutable de algunos cargos, argumentando que los mismos no desempeñan funciones de alta confianza sino meramente administrativas o profesionales.

Atendiendo a lo anterior y una vez verificada la Resolución No. 05044 de 9 de marzo de 2000, proferida por el Contralor General de la República, por medio de la cual se establecieron los criterios generales para los cargos de la planta general, las funciones y requisitos para el desempeño de los mismos en cada una de las dependencias de la estructura organizacional de la Contraloría General de la República, tenemos que las funciones que desempeña el Profesional

Especializado Grado 04, cargo ejercido por la accionante, son las siguientes (fls 249 a 251):

1. "Formular políticas, métodos y procedimientos de acuerdo con los resultados de las investigaciones penales, que permitan la orientación de las decisiones institucionales
 - 2 Responder por la apertura, práctica de pruebas y cierre de las averiguaciones e indagaciones preliminares.
 - 3 Realizar las acciones legales necesarias con los entes de control competentes que se deriven de los hallazgos en las averiguaciones e indagaciones preliminares
 - 4 Responder por la consolidación de los resultados de las investigaciones especiales y preparar los informes requeridos.
 - 5 Coordinar con la Contraloría Delegada de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, que se desprendan de los resultados de la averiguación e indagación preliminar que ameriten la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.
 - 6 Participar en el desarrollo de la apertura, averiguación, indagación y cierre de indagaciones preliminares que por su complejidad y/o particularidad requiera de su atención.
 - 7 Asegurar la reserva del curso de todas las averiguaciones e indagaciones preliminares que se adelanten en el grupo.
 - 8 Desarrollar las funciones de policía judicial, dentro del marco establecido en la Constitución y la Ley
 - 9 Analizar, y revisar los autos de apertura y cierre de indagaciones preliminares, y demás actuaciones que conozca el grupo
 - 10 Practicar visitas a las diferentes entidades oficiales y particulares, para la consecución del material probatorio pertinente dentro del proceso de averiguaciones e indagaciones preliminares
- ()"

En consecuencia, la Sala al evaluar las funciones realizadas por la accionante, encuentra que estas no tienen que ver con la asesoría o la orientación institucional, ni implican especial confianza del señor Contralor General, al contrario, su cargo por ser del nivel profesional, era de aquellos donde su desempeño requería la aplicación de conocimientos propios de la carrera profesional que realizaba. Así entonces, las funciones que ejecutaba la señora López Caro no correspondían a aquellas de dirección y, no cumplen un papel directivo, de manejo, o de conducción, en cuyo ejercicio se adopten políticas o directrices fundamentales, al contrario, sus labores, eran limitadas, como se desprende a su vez del Oficio de 2 de diciembre de 2008, emitido por la Contralora Delegada para Investigaciones – Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva-, por medio de la cual se le asignó a la accionante funciones internas correspondientes a:

- 1) coordinar el Grupo CORDIS, del Despacho de la Contraloría Delegada y efectuar el seguimiento a las labores allí desarrolladas, 2) coordinar el reparto oportuno de la correspondencia recibida y realizar el control de plantillas de trámite, 3) analizar autos por medio de las cuales se deciden

SEGUNDA INSTANCIA

T.A.C. Sección Segunda, Subsección "D" 2010-00123



266

cambios de radicación de los Procesos de Responsabilidad Fiscal y de Indagaciones Preliminares solicitados por las Gerencias Departamentales, 4) dirimir el conflicto de competencias que se presenta entre las Direcciones de la Delegada y/o entre las Gerencias Departamentales y el Nivel Central respecto al Proceso de Responsabilidad Fiscal e Indagaciones Preliminares y, 5) analizar y proyectar el Auto por medio del cual se dirimen impedimentos presentados por los funcionarios, respecto al conocimiento del Proceso de Responsabilidad Fiscal o Indagación Preliminar (fl 18)

Ahora, de las normas antes descritas, se tiene que la Corte al estudiar la Ley 106 de 1993, a través de la sentencia C- 405/94, fue clara en determinar que los cargos de profesional no son de libre nombramiento y remoción, precisando que los servidores que estuvieran vinculados a los despachos del Contralor General, y Vicecontralor, Secretario General, Secretario Administrativo y el Auditor General (como el caso de la accionante), constituyen un personal que no participa en la adopción de la política de la entidad ni en la definición de situaciones en las que se comprometa la orientación de la misma, y en todo caso su vinculación no requiere de los niveles de confianza laboral necesaria como para ser ubicado por fuera del marco general y prevalente de la carrera

KA

SO

Así, si bien es cierto la normatividad aplicable en el presente caso es el Decreto Ley 268 de 2000, el cual nuevamente incluyó que eran de libre nombramiento y remoción aquellos funcionarios creados en el Despacho del Contralor General, no obstante haber sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional en vigencia de la Ley 106 de 1993, también lo es, que el operador jurídico amparado en la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4º de la Constitución Política, puede inaplicar una norma de inferior categoría a la Constitución cuando observe de forma clara que la misma viola dicho mandato superior o va en contravía del mismo, al respecto la Corte en sentencia de 1º de octubre de 2007, expediente T-1599528, M.P (e) Dra Catalina Botero Marino, expresó

En efecto, la supremacía de la Constitución dentro del sistema de fuentes determina que los operadores jurídicos, cuando quiera que se enfrenten a una norma legal o reglamentaria incompatible con una norma constitucional, **deban siempre preferir la aplicación de esta última.** Cuando las autoridades hacen prevalecer la Constitución como lo ordena el artículo 4 de la misma, evitan que sus mandatos sean modificados por normas de inferior jerarquía expedidos por funcionarios que no tienen competencias para ello¹

Ahora bien, con relación a las condiciones que se exigen para la aplicación de la excepción de constitucionalidad ser clara y evidente, y debe estar precedida de argumentos suficientes en los cuales se soporte

¹ Sentencia C-069 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara

la decisión Una decisión de esta naturaleza debe tener en cuenta la jurisprudencia proferida por el intérprete autorizado de la Carta Ello, en particular, dada la especial estructura de las normas constitucionales y las dificultades especiales de interpretación que dicha estructura ofrece De no respetarse las reglas anteriores, las personas quedarían libradas a la voluntad y libre valoración de cada operador jurídico, en contravía de la presunción de constitucionalidad que acompaña a las disposiciones legales y de los principios de igualdad y confianza en la administración de justicia (seguridad jurídica) cuya protección exige la Constitución ²

Respecto del carácter facultativo u obligatorio de la excepción de inconstitucionalidad, la Constitución señala que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales" (Art 4º) Con base en ello, la Corte ha reiterado que es deber de los funcionarios administrativos y judiciales aplicar directamente la norma constitucional si frente a un caso concreto encuentran una clara evidencia de que está siendo violentada o modificada por disposiciones inferior jerarquía, cuya inaplicación se impone por mandato constitucional

Debe tenerse en cuenta que no son las partes en el proceso, sino la misma Constitución, la que habilita al juez para hacer prevalecer el ordenamiento superior. Por ello, el hecho de que la excepción de constitucionalidad no sea alegada por una de ellas, no implica que su declaratoria no pueda hacerse directamente por el fallador ()"

Con base en lo anterior, el juez de oficio puede inaplicar por inconstitucional una norma, situación que en el presente caso acontece, toda vez que parte del artículo 3º del Decreto Ley 268 de 2000, viola la constitución al establecer que todos los empleos que se encuentran adscritos al Despacho del Contralor General se consideran de libre nombramiento y remoción, puesto que, se reitera, la H Corte Constitucional en sentencia C- 405 de 1994, declaró la inexecuibilidad, tal como se dejó plasmado anteriormente. Con base en lo anterior, la Sala inaplicará parcialmente por inconstitucional el artículo 3º del Decreto Ley 268 de 2000.

KA

En virtud de lo anterior, la Sala considera que el cargo de la accionante, de Profesional Especializado, Grado 04, del Despacho del Contralor de la Contraloría General de la República, es de carrera administrativa

KA

CASO CONCRETO

Manifestó la accionante en su escrito de alzada, que por ser su cargo de carrera administrativa así su nombramiento fuese en provisionalidad, la

² Sentencia T-614 de 1992 MP José Gregorio Hernández Galindo En el mismo sentido, Sentencia C-600 de 1998

providencia de desvinculación tenía que ser motivada, con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado

Al respecto, se advierte, que si bien es cierto la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó su criterio en sentencia del 13 de marzo de 2003, con ponencia del Dr. Tarsicio Cáceres Toro, en el sentido de señalar que a los funcionarios provisionales los rodea un doble fuero de "inestabilidad" - De una parte, porque al no pertenecer a la carrera administrativa, pueden ser retirados discrecionalmente en cualquier momento, sin necesidad de motivar la decisión, y, de otra, por cuanto pueden ser desplazados por quien supere las etapas del concurso de méritos, en los términos que señale la ley,- también lo es, que dicha postura se aplica a aquellos actos de desvinculación proferidos en vigencia de la Ley 443 de 1998, tesis que cambia para aquellos actos que fueron expedidos en vigencia de la Ley 909 de 2004.

Tal como se estableció anteriormente, la Ley 909 de 2004, consagró en el Parágrafo 2º del artículo 41, que es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley, y, que dichos retiros deben efectuarse mediante acto motivado. Nótese, que el legislador se refirió a los "empleos" de carrera no a los "empleados" que los desempeñaban, compartiendo de esta forma la postura que ha venido planteando hace mas de una década la H. Corte Constitucional³ respecto a la motivación de los actos de retiro de los empleados que desempeñan cargos de carrera pero que los ejercen en provisionalidad, así, la sentencia SU 917 de 16 de noviembre de 2010, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio, de la H. Corte señaló:

"5.5.- Vicio de nulidad por falta de motivación de los actos de retiro de cargos en provisionalidad.

La falta de motivación de los actos de insubsistencia o retiro de empleados que ocupan cargos en provisionalidad involucra, por esa sola circunstancia, un vicio de nulidad, en la medida en que, además de la violación del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP),

³ Cronológicamente se destacan 3 sentencias en el año 1998, 1 en el 2002, 3 en el 2003, 4 en el 2004, 24 en el 2005, 15 en el 2006, 13 en el 2007, 13 en el 2008 y 13 en el 2009

Cfr., Sentencias SU-250/98, T-683/98, T-800/98, T-884/02, T-610/03, T-752/03, T-1011/03, T-597/04, T-951/04, T-1206/04, T-1240/04, T-031/05, T-054/05, T-123/05, T-132/05, T-161/05, T-222/05, T-267/05, T-374/05, T-392/05, T-454/05, T-648/05, T-660/05, T-696/05, T-752/05, T-804/05, T-1059/05, T-1117/05, T-1159/05, T-1162/05, T-1248/05, T-1258/05, T-1310/05, T-1316/05, T-1323/05, T-024/06, T-070/06, T-081/06, T-156/06, T-170/06, T-222/06, T-254/06, T-257/06, T-432/06, T-519/06, T-634/06, T-653/06, T-873/06, T-974/06, T-1023/06, T-064/07, T-132/07, T-245/07, T-384/07, T-410/07, T-451/07, T-464/07, T-729/07, T-793/07, T-838/07, T-857/07, T-887/07, T-1092/07, T-007/08, T-010/08, T-157/08, T-270/08, T-308/08, T-341/08, T-356/08, T-437/08, T-580/08, T-891/08, T-1022/08, T-1112/08, T-1256/08, T-011/09, T-023/09, T-048/09, T-087/09, T-104/09, T-108/09, T-109/09, T-186/09, T-188/09, T-205/09, T-251/09, T-269/09, T-736/09

desconoce otras normas de superior jerarquía como la cláusula de Estado de Derecho (art 1 CP), el principio democrático y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública (art. 209 CP), donde se hace imperativo asegurar la interdicción a la arbitrariedad y el derecho a la tutela judicial efectiva

(.)

En suma, el deber de motivación de los actos administrativos que (por regla general) tiene la administración, hace efectiva la cláusula de Estado de Derecho, el principio democrático, el principio de publicidad en las actuaciones de la administración, al tiempo que permite a los asociados contar con elementos de juicio suficientes para ejercer su derecho de contradicción y defensa a fin de acudir ante las instancias gubernativas y autoridades judiciales para controlar los abusos en el ejercicio del poder. De esta forma a la Administración corresponde motivar los actos, estos es, hacer expresas las razones de su decisión, mientras que a la jurisdicción compete definir si esas razones son justificadas constitucional y legalmente.

En cuanto al retiro de servidores vinculados en provisionalidad, la Corte Constitucional ha abordado en numerosas oportunidades el tema para señalar el inexcusable deber de motivación de dichos actos. Así lo ha señalado desde hace más de una década de manera uniforme y reiterada en los numerosos fallos en los que ha examinado esta problemática, a tal punto que a la fecha se registra casi un centenar de sentencias en la misma dirección aunque con algunas variables respecto de las medidas de protección adoptadas

En primer lugar, no existe ninguna ley o norma con fuerza material de ley que exonere a los nominadores del deber de señalar las razones para el retiro de servidores públicos nombrados en provisionalidad, por lo que debe apelarse a la regla general antes mencionada sobre la motivación de los actos administrativos.

En Segundo Lugar, el artículo 125 de la Constitución señala que las causales de retiro de los servidores públicos son las contempladas en la propia Carta Política o en la ley, de manera que el administrado debe tener la posibilidad de conocer cuáles son las razones que se invocan para su retiro cuando ejerce un cargo en provisionalidad. Aquí es importante precisar que "las excepciones a este principio general únicamente pueden ser consignadas por vía legal o constitucional"⁴, de manera que ni los decretos reglamentarios ni los demás actos administrativos pueden servir como sustento normativo para incumplir este mandato. Al respecto, apoyado en el artículo 125 Superior, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha considerado que **"sólo el Legislador tiene competencia para señalar los motivos y el procedimiento que pueden dar lugar a la separación del cargo, por lo que la administración no puede a su arbitrio disponer el retiro de sus servidores"**⁵

En síntesis, la Corte concluye que respecto del acto de retiro de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-356 de 2008 Cfr , Sentencia C-371 de 1999

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 14 de julio de 2005, Rad 1652

SEGUNDA INSTANCIA
T.A.C. Sección Segunda, Subsección "D" 2010-00123

15

predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivarlo, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que motivaron esa decisión

(...)"

De conformidad con la sentencia en cita, si bien es cierto el funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera no tiene las mismas garantías que de ella se derivan, porque no se han sometido a un concurso y superado las etapas para desempeñar el empleo en forma definitiva, también lo es, que con el marco reseñado anteriormente, tienen derecho a la defensa, al debido proceso, con base en los principios que rigen nuestro Estado Social de Derecho, así, al conocer las causas de la desvinculación de la entidad donde presten sus servicios, se esta controlando la posible arbitrariedad en la que puede incurrir la administración

Sin
Motiv

En consecuencia, de un servidor público que ejerce un cargo en provisionalidad no puede predicarse estabilidad laboral propia de los derechos de carrera, pero en todo caso el nominador continúa con la obligación de motivar el acto que lo retira del servicio, al tiempo que el administrado conserva incólume el derecho a saber de manera puntual cuáles fueron las razones que llevaron esa decisión.

Sin
Motiv

De la misma forma, el H. Consejo de Estado en sentencia de 23 de septiembre de 2010, M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve (Exp 2005-01341), afirmó que la declaratoria de insubsistencia de los empleados nombrados en provisionalidad, que sean retirados en vigencia de la Ley 909 de 2004, debe efectuarse a través de acto motivado Así lo expresó

"La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la

271

ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO^{6f} de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º art 41 Ley 909 de 2004)

Así las cosas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 13, 123 y 125 de la Constitución Política, 3º y 41 de la Ley 909 de 2005 y 10 del decreto 1227 del mismo año, el retiro del servicio de los empleados que ocupen en la actualidad cargos de carrera en provisionalidad, debe ser justificado mediante la expedición de un acto administrativo motivado, y para ello, la administración no debe considerar la fecha en la que se produjo la vinculación a través del nombramiento en provisionalidad, esto es, si fue o no con anterioridad a la vigencia de la nueva normatividad de carrera administrativa, pues ello implicaría un tratamiento desigual en detrimento incluso del derecho al debido proceso (en el aspecto del derecho a la defensa) respecto de aquellos cuyos nombramientos de produjeron en vigencia de la Ley 443 de 1998

La motivación del acto de retiro del servicio frente a servidores que estén desempeñando en provisionalidad empleos de carrera administrativa, y que de manera expresa exige el legislador, luego de entrada en vigencia la Ley 909 de 2004, obedece a razones de índole constitucional que ya la Corte había precisado, y se traduce en la obligación para la administración de prodigar un trato igual a quienes desempeñan un empleo de carrera, el que funcionalmente considerado determina su propio régimen, que para los efectos de los empleados provisionales hace parte de sus garantías laborales, entre ellas la estabilidad relativa, en la medida en que su retiro del servicio se produce bajo una competencia reglada del nominador, por causales expresamente previstas (art. 41 Ley 909 de 2004, art 10 Dec. 1227 de 2005), y que justifican la decisión que debe producirse mediante acto motivado' (Subrayas de la Sala)

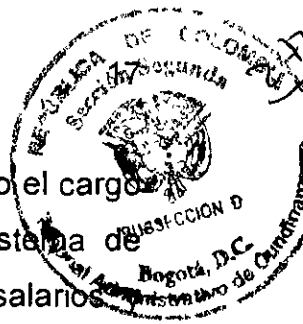
no hay que ver

En concordancia con lo anterior, para la Sala es claro que aquellos empleados que ocupen cargos de carrera administrativa y que sean declarados insubsistentes en vigencia de la nueva ley de carrera administrativa (Ley 909 de 2004), independientemente de la fecha en la que se vincularon a la entidad, se debe motivar el acto de retiro, es decir, manifestárseles las razones por las cuales son desvinculados de la administración

De conformidad con lo expuesto, y al no motivarse el acto que declaró **insubsistente el nombramiento de la accionante, la Sala considera que debe declararse la nulidad del acto enjuiciado, ordenando el reintegro de la accionante al cargo de Profesional Especializado, Grado 04, del Despacho del Contralor General de la República, o a otro de similar o superior jerarquía si lo hubiere**

⁶ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada

SEGUNDA INSTANCIA
T.A.C. Sección Segunda, Subsección "D" 2010-00123



Se advierte que el reintegro ordenado sólo será procedente cuando el cargo específicamente desempeñado no haya sido provisto mediante el sistema de concurso de méritos. En tal evento, sólo habrá lugar al pago de salarios y prestaciones hasta el momento en que se haya efectuado la vinculación efectiva mediante el sistema del concurso.

De la misma forma, se ordenará a la entidad accionada pagar a favor de la demandante los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, desde su retiro del servicio hasta que se haga efectivo su reintegro. En caso de no ser posible éste, se cancelaran dichos valores hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia

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

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

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

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

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "D", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

REVÓCASE, la sentencia de once (11) de enero de 2011, proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá D C., dentro del proceso promovido por la señora BLANCA NELLY LÓPEZ contra la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, y en su lugar se dispone.

DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No 1221 de 30 de septiembre de 2009, expedida por el Contralor General de la República, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora Blanca Nelly López Caro identificada con cédula de ciudadanía No 40 023 676 de Tunja, del cargo de Profesional Especializado, Nivel Profesional, Grado 04 del Despacho del Contralor, por las razones expuestas en la parte motiva

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, la Contraloría General de la República reintegrará a la demandante, al cargo de Profesional Especializado, Nivel Profesional, Grado 04 del Despacho del Contralor, o a otro de igual o superior categoría.

CONDENÉSE a la Contraloría General de la República a pagar a la demandante los sueldos, prestaciones sociales, emolumentos y demás haberes causados y dejados de percibir desde la fecha de retiro, hasta la fecha en que se produzca su reintegro, teniendo en cuenta la fórmula indicada en la parte motiva de esta providencia. En caso de no ser posible éste, se cancelaran dichos valores hasta la fecha de ejecutoria de la presente providencia

DECLÁRASE que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio entre la fecha de retiro y la del efectivo reintegro de la accionante.

La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A. y los valores que resultaren liquidados deberán actualizarse en la forma dispuesta en el artículo 178 Ibídem.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Juzgado de origen

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION D

CONSTANCIA DE FIJACION DEL EDICTO No. 1500

BOGOTÁ D.C. 04 OCT 2011
HAY CONSTAR: que para notificar a las partes
la anterior sentencia se fijó en Edicto en el lugar público
de la secretaría, por el término legal, hoy 04 OCT 2011


El Oficial mayor PI Amador

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA
SUBSECCION D
NOTIFICACION MINISTERIO PUBLICO

Hoy, 1-4 OCT 2011 me doy por notificado personalmente
de la providencia anterior.

El Procurador(a), [Signature]
El Oficial mayor [Signature]

El suscrito Oficial Mayor de la Subsección "D" de la Sección Segunda del H Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hace constar los folios tomados en fotocopia auténtica coinciden en su integridad con lo(s) siguiente(s) Sentencia de primera y segunda instancia (folios 175 a 187, 175 a 186 vtos y 257 a 274, 274 vto), Edictos de Notificación (folios 188 y 275), providencias de fecha Once (11) de Enero de Dos Mil Once (2011) y Veintidos (22) de Septiembre de Dos Mil Once (2011), respectivamente, que ha tenido a la vista, y sus originales reposan dentro del expediente Número 11001-33-31-030-2010-00123-01. Demandante: BLANCA NELLY LOPEZ CARO, Demandado: NACION - CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA. La providencia fue notificada y se encuentra legalmente ejecutoriada desde el Once (11) de Octubre de Dos Mil Once (2011) a la hora de las 05:00 PM. Esta es PRIMERA COPIA QUE PRESTA MERITO EJECUTIVO, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 115, ordinal 2°, inciso 2° del Código de Procedimiento Civil Se expide en Bogotá DC, hoy 11 MAY 2012, en cumplimiento del auto de fecha Veinte (20) de Marzo de Dos Mil Doce (2012), con destino a la Doctora BLANCA NELLY LOPEZ CARO, quien se identifica con Cédula de Ciudadanía No. 40.023.676 de Tunja, y TP No 103.636 del C.S. de la J, quien actuó en nombre propio dentro del proceso

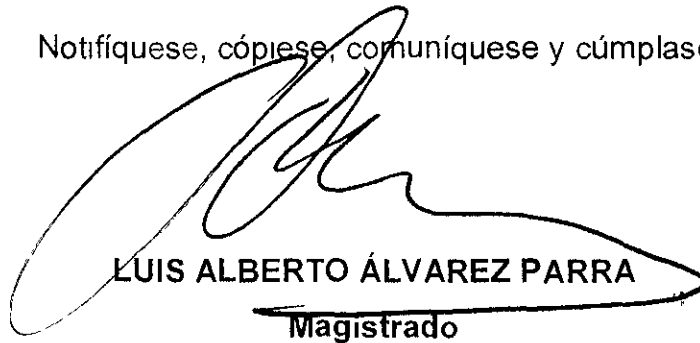

JOAQUIN JULIAN AMAYA ARDILA
Oficial Mayor

27/

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



Notifíquese, cópiese, comuníquese y cúmplase


LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado


YOLANDA GARCIA DE CARVAJALINO
Magistrada

AUGUSTO GONZALEZ
CERVELEÓN PADILLA LINARES
Magistrado