



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Audiencia inicial- Artículo 180 C.P.A.C.A.
Acta No. 23 - 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicado: 110013335-017-2017-00199-00
Demandante: Christian Leonardo Nadjar Cruz
Demandado: Contraloría General de la República
Tema: Reintegro

En Bogotá D.C., a los veintidós (22) días del mes de febrero de 2019, siendo las nueve y treinta y un minutos de la mañana (9:31 a.m.), la suscrita Juez 17 Administrativa Oral de Bogotá declara formalmente abierta la AUDIENCIA INICIAL prevista en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso promovido en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por el señor **Christian Leonardo Nadjar Cruz** contra la **Contraloría General de la República**, actuación con radicado 110013335-017-2017-00199-00.

I. PRELIMINARES

PRESENTACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES

Apoderado del demandante: Luis Arturo Victoria identificado con cédula de ciudadanía No 19.186.979 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 37.930 del C.S.J., quien sustituye el poder al doctor JOSÉ LEONCIO BETANCUR LARGO identificado con cédula de ciudadanía No. 15.911.168 de Riosucio – Caldas y T.P. 76.046-D1 del C. S.de la J., autoriza notificaciones al Correo electrónico: lav24_52@yahoo.es.

Agente del Ministerio Público.- El Despacho deja constancia de la no asistencia del Agente del Ministerio Público, Dr. Álvaro Pinilla Galvis procurador 87 Judicial I ante este Despacho.

También se deja constancia que hasta este momento no se ha hecho presente la doctora Luisa Fernanda Rodríguez García apoderada de la entidad demandada, quien dispone de tres (3) días para justificar su inasistencia para ser exonerado de las consecuencias pecuniarias del numeral 4 del artículo 180 del C.P.A.C.A. La presente decisión se adopta mediante auto de **sustanciación No. 185**.

Reconocimiento de personerías

De conformidad con los memoriales presentados en esta diligencia, el despacho **reconoce personería** al apoderado de la parte actora, en sustitución, de acuerdo con el poder aportado en la presente diligencia en un folio. Esta decisión se adopta mediante **auto de sustanciación No. 186** y se notifica en estrados, sin oposición de los intervinientes, se continúa con la diligencia.

Saneamiento. El despacho no observa irregularidades o vicios que deban sanearse en esta etapa; no obstante, se corre traslado a los sujetos procesales para que se manifiesten en

torno a la existencia de vicio o nulidad en el proceso, de lo contrario se entenderán saneados. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 125** y se notifica en estrados, sin oposición de los intervinientes, se continúa con la diligencia.

Excepciones. Dentro del término de traslado, conforme con las disposiciones del artículo 172 y 173 del C.P.A.C.A, la entidad accionada propuso las excepciones que denominó: inexistencia del derecho pretendido e improcedencia de la pretensión por falta de causal de nulidad del acto administrativo y por inexistencia del derecho a establecer, sobre las cuales se resolverá en la sentencia cuando se decida el fondo del asunto. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 126** y se notifica en estrados, sin oposición de los intervinientes, se continúa con la diligencia.

Fijación del litigio

Hechos. La entidad demandada aceptó como ciertos los siguientes hechos: 1º relativo al nombramiento en el cargo de Profesional Universitario, nivel profesional, grado 02; 2º fecha de posesión del demandante del cargo el 4 de agosto de 2015, de acuerdo con el acta 568; 5º retiro del servicio del demandante a través de la Resolución ORD-81117-00388 del 10 de febrero de 2017, 7º solamente en lo que se refiere al estudio técnico presentado por la Contraloría General de la República para la supresión del cargo; 8º únicamente en cuanto a lo ordenado en el numeral primero del acto administrativo que ordenó el retiro del actor.

Manifiesta que no son hechos: 3, 4, 6 y 10 y no le consta el 9.

Pretensiones de la demanda

1. Que se declare la nulidad de la Resolución ORD-81117-00388 del 10 de febrero de 2017, mediante la cual fue retirado del servicio el demandante.
2. A título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Contraloría General de la República, reintegrar al demandante al cargo que ostentaba en la entidad el 14 de febrero de 2017, a otro de igual o de superior categoría.
3. Se ordene a la entidad accionada cancelar al demandante los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos causados y dejados de percibir desde la fecha de retiro y hasta que se produzca el reintegro.
4. Que para todos los efectos se decrete que no existe solución de continuidad entre la fecha de retiro y la de reintegro, principalmente en lo que hace a sus prestaciones sociales.
5. A la sentencia deberá darse cumplimiento dentro del término establecido por los artículos 187, 192 y 195 del CPACA.

Las sumas allí reconocidas devengarán intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta que el pago se haga real y efectivo.

6. Se condene en costas y gastos del proceso a la parte demandada.

Contestación de la demanda. La Contraloría General de la República se opone a las pretensiones de la demanda bajo las siguientes consideraciones:

La situación de la planta temporal de regalías de la Contraloría General de la República no puede implicar su equiparación con los empleos de carrera administrativa. Cita el artículo 125 de la Constitución Política para señalar que de este se deriva con claridad la clasificación que existe respecto de los cargos desempeñados por los servidores públicos, siendo los de carrera administrativa la generalidad y por excepción los denominados de libre nombramiento y remoción.

La Ley 268 de 2000 previó en el artículo 3º que todos los empleos de la Contraloría General de la República son cargos de carrera administrativa, excepto los de libre nombramiento y remoción que se enumeran en dicho artículo (Vice Contralor, Contralor Delegado, Secretario Privado, Gerente, Gerente Departamental, Director, Director de Oficina, Asesor de Despacho, Tesorero).

Cita también el artículo 3º y 4º del Decreto 269 de 2000 que estableció los niveles y nomenclatura de los cargos de la Contraloría General de la República y la naturaleza general de las funciones.

Señala que la planta temporal fue creada mediante Decreto 1539 de 2012 y advierte que el cargo desempeñado por el demandante no hace parte de aquellos previstos como de carrera administrativa de la Contraloría General de la República, sino de los adscritos y creados a la Planta Temporal de Regalías de la entidad que corresponden a los niveles previamente incluidos dentro de la planta de personal de la CGR, así como sus salarios y prestaciones correspondientes a los cargos temporales, los que finalmente están previamente apropiados en el presupuesto correspondiente y con sus partidas disponibles emanadas del mismo sistema, según los artículos 103 y 152 de la Ley 1530 de 2012, de donde concluye que el demandante poseía una situación administrativa de inestabilidad laboral.

El Decreto 2190 de 2012 en el artículo 42 previó la posibilidad de que el Contralor General de la República pudiera reducir, suprimir o refundir empleos en la Planta Temporal por razones presupuestales y en este sentido la Oficina de Planeación de la entidad realizó un estudio técnico en el que concluyó que debido a la disminución de los recursos asignados en el presupuesto del Sistema General de Regalías, el Contralor debía disminuir la ocupación de empleos en la planta temporal de regalías correspondiente a 338 cargos y con ocasión de la disminución de la asignación presupuestal, para las vigencias 2017 y 2018, retiró del servicio a 105 funcionarios.

Finalmente, se refiere a los cargos de nulidad invocados por el actor señalando que la causal de desvinculación es presupuestal, que no se vulneró el derecho a la igualdad porque la desvinculación se basó en un estudio técnico, que no se argumenta ni se prueba la desviación de poder, para la expedición del acto de retiro se cumplió a cabalidad con lo indicado en las normas legales y reglamentarias para realizar este tipo de procedimientos y pone de presente que no hubo violación al derecho de audiencia y defensa porque la medida de reducción de la planta no es un proceso sancionatorio, ni el retiro comporta sanción alguna.

Problema jurídico. En esta oportunidad corresponde dilucidar si el acto administrativo atacado se encuentra viciado de nulidad conforme con los cargos señalados en la demanda y por consiguiente resulta procedente el restablecimiento solicitado.

Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 121** y se notifica en estrados, sin oposición de los intervinientes, se continúa con la diligencia.

Conciliación. Teniendo en cuenta que la apoderada de la entidad accionada no asistió se declara **FALLIDO** el intento conciliatorio agotado en esta etapa procesal y ordena continuar con la actuación. Esta decisión se adopta mediante **auto interlocutorio No. 128** y se notifica en estrados, sin oposición de los intervinientes, se continúa con la diligencia.

Medidas cautelares. En consideración a que no existen medidas cautelares pendientes por resolver, se continúa con la siguiente etapa procesal, esto es, el decreto de pruebas.

Decreto de pruebas.

Parte demandante. TÉNGANSE como pruebas documentales las aportadas con la demanda a las cuales se dará el valor probatorio que corresponda, esto es:

- Resolución ORD-81117-0002594-2015 del 30 de julio de 2015, a través de la cual fue nombrado el demandante con carácter ordinario en el cargo de Profesional, Grado 02 en el Grupo Interno de Trabajo para el ejercicio de la vigilancia y del control fiscal micro, adscrito a la Planta Temporal de empleos de la Contraloría General de la República y su respectiva acta de posesión de fecha 4 de agosto de 2015 (fs. 39 y 40).

-Resolución ORD – 81117-0038-2017 del 5 de enero de 2017, mediante la cual en su artículo primero se concede al demandante 15 días hábiles de vacaciones entre el 1º de febrero de 2017 y el 21 de febrero de 2017 (fs. 67 y vto.).

- Resolución ORD-81117-00388 del 10 de febrero de 2017, por la cual se ordena el retiro del servicio del demandante del cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02 del SGR – Grupo Interno Control Fiscal Micro (fs. 3 a 5).

- Constancia del tiempo laborado por el demandante desde el 4 de agosto de 2015 hasta el 14 de febrero de 2017 (f. 6).

- Copia del estudio técnico elaborado por la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República, de fecha 9 de febrero de 2017, en el cual se concluyó que en virtud de lo ordenado por el Contralor de la República en el Decreto 2190 del 28 de diciembre de 2016, se debe proceder a disminuir la ocupación de empleos en la planta temporal de regalias correspondiente a 338 cargos, previo análisis que realice la Gerencia de Talento Humano sobre denominaciones de empleos, número de empleos, grados y remuneraciones, se recomienda que se realice en proporción que pueda ser cubierta por la disponibilidad presupuestal para los gastos de personal para el bienio 2017-2018, con la cual se deben pagar además las prestaciones de seguridad social de los empleos que queden ocupados (fs. 41 a 66).

Pruebas solicitadas por la parte actora

SE NIEGAN las pruebas requeridas por el demandante a folio 97, así:

- Copia auténtica del acto administrativo mediante el cual fueron suspendidas las vacaciones del demandante, por impertinente, porque no es objeto de la demanda, no es un acto que deba ser estudiado por el despacho y,

- Número de Contralores Delegados intersectoriales que había en la Planta Temporal de la Contraloría General de la República el 10 de febrero de 2017, informando el salario

devengado por cada uno, incluyendo primas y bonificaciones devengadas mensualmente, porque no tiene relación directa con los hechos planteados, no es eficaz porque no afecta la decisión.

En este momento se hace presente la apoderada de la entidad demandada, quien se presenta: doctora LUISA FERNANDA RODRÍGUEZ GARCÍA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.015.413.796 de Bogotá y T.P. 237.123 del C.S. de la J., autoriza notificaciones al correo electrónico notificacionesamajudicial@entidadcra.gov.co.

Continuando con la audiencia el despacho hace un recuento de lo sucedido en audiencia hasta el momento y concede la palabra a la apoderada para preguntar si tiene fórmula de conciliación y manifiesta que el Comité decidió no conciliar.

Respecto de la fecha de la comunicación de la Resolución ORD 81117-00388 del 10 de febrero de 2017, esta fue notificada personalmente al demandante el 14 de febrero de 2017, tal y como consta a folio 56 del expediente administrativo aportado en medio magnético por la entidad demandada.

Parte demandada. Se tienen como prueba las aportadas con la contestación de la demanda, esto es: expediente administrativo del demandante aportado en medio magnético, en el cual se resalta la notificación personal de la Resolución de retiro del servicio.

La presente decisión se adopta mediante **Auto Interlocutorio No. 129** y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A.

El apoderado de la parte actora interpone recurso de APELACIÓN y lo sustenta en audiencia en los términos del audio.

Se corre traslado del recurso conforme con el artículo 322 CGP a la apoderada de la entidad demandada quien manifiesta que el despacho se debe mantener en la decisión en los términos del audio.

El Despacho manifiesta que el recurso es procedente de conformidad con el numeral 9 del artículo 243 DEL CPACA y como quiera que el demandante de manera oportuna interpone y sustenta el recurso de apelación contra el auto que negó una prueba por él solicitada SE CONCEDE en efecto DEVOLUTIVO, de acuerdo con el último inciso del citado artículo¹

Se requiere al apoderado de la parte actora para el pago de copias conforme lo dispone el artículo 324 del C.G.P.².

Alegatos conclusivos. Considerando que las pruebas decretadas y requeridas para un pronunciamiento de fondo ya reposan en el expediente, de conformidad con el inciso del numeral 3 del artículo 179 de la ley 1437 de 2011 se corre traslado a las partes para que

¹ "El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo".

² Cuando se trate de apelación de un auto en el efecto diferido o devolutivo, se remitirá al superior una reproducción de las piezas que el juez señale, para cuya expedición se seguirá el mismo procedimiento. Si el superior considera necesarias otras piezas procesales deberá solicitarlas al juez de primera instancia por auto que no tendrá recurso y por el medio más expedito, quien procederá en la forma prevista en el inciso anterior.

El secretario deberá remitir el expediente o la reproducción al superior dentro del término máximo de cinco (5) días contados a partir del momento previsto en el inciso primero, o a partir del día siguiente a aquel en que el recurrente pague el valor de la reproducción, según el caso. El incumplimiento de este deber se considerará falta gravísima.

sustenten de manera oral sus alegatos conclusivos.

La presente decisión se adopta mediante **Auto Interlocutorio No. 130** y se notifica a las partes en estrados de conformidad con el artículo 202 del C.P.A.C.A. **SIN RECURSOS.**

Parte demandante: se ratifica en los hechos de la demanda en la forma consignada en el audio.

Parte demandada: se reafirma en los argumentos de la contestación de la demanda tal como queda consignado en el audio de la diligencia.

SENTENCIA No. 7

Agotadas las etapas previas previstas dentro de la presente actuación y escuchados los alegatos de las partes, se procede a dictar **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**, así:

Normas violadas: El demandante señala como transgredidas las disposiciones normativas contenidas en la Constitución Política artículos 1, 2, 13, 25, 29, 53, 125 y 209 y 228; Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA en sus artículos 44, 138, 154, 161. Ley 909 de 2004, artículos 42 y 43 del Decreto 2190 de 2016 y artículo 97 del Decreto 1227 de 2005.

Tesis del demandante. Estima que con la expedición de los Actos Administrativos demandados se incurrió en los siguientes cargos:

Falsa motivación: por cuanto no fue la reducción del presupuesto en la Contraloría General de la República lo que ocasionó el retiro del demandante, ya que si de la reducción de presupuesto se trataba se debió haber retirado a los funcionarios con mayores ingresos mensuales.

Ausencia de motivación: porque el acto solo plantea la reducción del presupuesto pero no se explica porque esta circunstancia tenía que afectar la situación particular del demandante, pues si se analiza el estudio técnico en este tampoco se especifica que era el demandante quien debía ser retirado. No se explica cuál o cuáles fueron los criterios que se usaron para definir que el demandante era el que debía ser retirado.

Desvío de poder: porque no fueron las necesidades del servicio las que motivaron el retiro del demandante, sino razones ocultas y oscuras no publicadas, ni puestas de presente al perjudicado para ejercer el derecho de defensa. Además el demandante se encontraba disfrutando de un periodo de vacaciones y lo retiraron del servicio sin esperar el cumplimiento de estas.

Añade, que en el presente caso se vulneró su derecho a la igualdad porque la desvinculación fue abrupta e irracional toda vez que se hizo con un afán burocrático y con el interés de favorecer a quienes estaban en superiores condiciones salariales a las del demandante.

Tesis del demandado. Considera que el nombramiento del demandante era de carácter temporal y su periodo de duración estaba condicionado a la disponibilidad presupuestal correspondiente y al presentarse la contingencia respecto de los recursos asignados a la Contraloría General de la República y a la planta temporal de regalías para el bienio 2017-2018 se procedió a la desvinculación del demandante con el propósito de ajustar los gastos de personal de la planta temporal.

II. CONSIDERACIONES

Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes del caso, corresponde al Despacho determinar si el acto administrativo demandado, **Resolución ORD-81117-00388-2017 del 10 de febrero de 2017**, se encuentra viciado de nulidad bajo las causales de falsa motivación, falta de motivación y desviación de poder y con ocasión a ello si es procedente ordenar el reintegro del demandante a un cargo de igual o superior jerarquía al desempeñado al momento de su retiro de la Contraloría General de la República, además del reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta que se produzca el reintegro.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Planta temporal, normatividad y características.

La Ley 1530 de 2012 regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías y en el artículo 152 dispuso que la Contraloría General de la República ejercerá la vigilancia y el control fiscales sobre los recursos del Sistema General de Regalías en desarrollo de sus funciones constitucionales y en el parágrafo 1° revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley y crear los empleos necesarios en la Contraloría General de la República, para fortalecer la labor de vigilancia y el control fiscales de los recursos del Sistema General de Regalías.

En ejercicio de tales facultades, se expidió el Decreto 1539 del 17 de julio de 2012 que creó hasta el 31 de diciembre de 2014 una planta temporal de empleos en la Contraloría General de la República, señalando en su artículo 2° que la provisión de los empleos creados se efectuaría en forma gradual, de conformidad con las disponibilidades presupuestales y hasta la concurrencia de las respectivas apropiaciones.

Al efecto, el Congreso de la República expidió la Ley 1606 del 21 de diciembre de 2012 y estableció el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014 y posteriormente, expidió la Ley 1744 del 26 de diciembre de 2014, mediante la cual decretó el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016, prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2016, los empleos de carácter temporal en la planta de la Contraloría General de la República, creados mediante el Decreto 1539 de 2012 y en el artículo 39 estableció que “los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República, son de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia a los cuales pertenezcan. Por tanto, no se sujetarán a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004³ (subrayas del Despacho).

³ El inciso primero del citado artículo 39 fue demandado en acción pública de inconstitucionalidad y la Corte Constitucional mediante sentencia C-618 del 30 de septiembre de 2015 concluyó que: (...) Al abordar el primer cuestionamiento, la Sala Plena reiteró la jurisprudencia constitucional que ha mantenido constantemente como pautas para identificar los empleos de libre nombramiento y remoción, de una parte, un criterio material atinente a las funciones asignadas a estos empleos que deben ser directivas, de fijación de políticas institucionales o públicas y, de la otra, un criterio subjetivo, concerniente al grado de confianza que se exige del empleado y que debe ser especial, cualificado y adicional al exigible a todo servidor público.

A través del Decreto 2190 de 2016, se decretó el Presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio 1º de enero de 2017 a 31 de diciembre de 2018 y además en el artículo 42 se dispuso prorrogar hasta el 31 de diciembre de 2018 la planta temporal de la Contraloría General de Regalías creada mediante el Decreto 1539 de 2012 facultando al Contralor General de la República "efectuar los ajustes necesarios para que la planta de personal sea consistente con los montos apropiados en el presente decreto a dicho órgano de control. Para tal efecto podrá reducir, suprimir o refundir empleos en la planta temporal que se está prorrogando en el presente artículo".

En el párrafo del artículo en cita se dispuso que: "si durante la ejecución del presupuesto del sistema general de regalías del bienio 2017-2018 es necesario efectuar ajustes a los montos aprobados en el presente decreto, el contralor general de la república revisará la estructura de la planta de personal, reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales" (subrayas del Despacho).

Es necesario señalar que la naturaleza de los empleos temporales creados mediante el Decreto 1539 de 2012 fue estudiada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-618 de 2015, en la que se concluyó que la planta temporal de la Contraloría General de la Nación, no está sometida a la discrecionalidad por no tratarse de cargos de dirección o que ameriten un nivel de confianza especial y que sí se encuentra sujeta a la Ley 909 de 2004 que regula los empleos de carácter temporal en el artículo 21⁴ de la Ley 909 en estudio, que dispone:

"1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio y su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

- a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;
- b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;
- c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;
- d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos⁵". (Negrilla del Despacho).

Al ocuparse de la segunda cuestión, la Corporación encontró que la exclusión de las disposiciones de la Ley 909 de 2004 respecto de los empleos temporales de la planta de personal requerida para el cumplimiento de las funciones de la Contraloría General de la República es inconstitucional, porque soslaya la consideración del mérito, predicable de los empleos temporales que conforman una categoría especial distinta de los empleos de carrera administrativa y de los de libre nombramiento y remoción. La falta de apreciación del mérito implica violación de los artículos superiores ya invocados y, la Corte estimó que a fin de erradicar la discrecionalidad del nominador y favorecer el mérito, deben ser tenidas en cuenta las disposiciones de la Ley 909 de 2004 y, especialmente, las referentes a los empleos temporales".

⁴ Adicionada por el artículo 6º del Decreto Ley 894 del 28 de mayo de 2017, posterior al retiro del demandante, 14 de febrero de 2017.

⁵ Aparte subrayado declarado EXFOLIBRE, en el entendido que el mismo deberá garantizar el cumplimiento de los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

La Ley 909 de 2004 fue reglamentada por el Decreto 1227 de 2005 que señaló en el artículo 3º⁶ que los cargos temporales deben ser provistos con las listas de elegibles de acuerdo con las convocatorias de la CNSC, por excepción con un proceso de evaluación de perfil a falta de lista de elegibles y el nombramiento se hará a través de acto administrativo que deberá indicar el término de duración, que deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal⁷.

Conforme con lo anterior la planta temporal es excepcional y se creó para fortalecer la labor de vigilancia y el control fiscales de los recursos del Sistema General de Regalías de acuerdo con las necesidades de la entidad, sus cargos se deben proveer por personal de la lista de elegibles y a falta de estas por quienes cumplan con el perfil requerido, sujeta a la disponibilidad presupuestal que garantice el pago de salarios y prestaciones sociales de los empleados y con la facultad otorgada al Contralor para revisar la estructura de la planta para el bienio 2017-2018 reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales⁸.

El Consejo de Estado⁸, ha señalado en todo caso que la permanencia del empleado nombrado en una planta temporal está supeditado a la disponibilidad presupuestal:

“De acuerdo con lo anterior, resulta claro que en este caso el querer del legislador fue el de otorgar una cierta garantía de permanencia al empleado temporal, al definir que estaría supeditado al periodo fijado en el acta de nombramiento, el cual a su turno, pende de lo determinado en el estudio técnico y a la disponibilidad presupuestal; por ello, mal podía el Ejecutivo extralimitarse en su facultad reglamentaria, al querer incluir una disposición nueva, no contemplada en la ley reglamentada.

Además, resulta entendible el grado de protección que le pretende dar el legislador al empleado temporal, pues si bien no tiene la categoría de empleado de carrera administrativa, tampoco la de uno de libre nombramiento y remoción, como quiera que se trata de personas que forman parte de las listas de elegibles (art. 3º, decreto 1227 de 2005) esto es, que superaron el concurso de méritos y esperan ser nombrados en el periodo de prueba que les permite acceder a la carrera administrativa; de ahí que su designación en un cargo de esta categoría significa la oportunidad preferencial de acceder a un empleo público en forma transitoria mientras se les nombra permanentemente en la planta de personal.

publicidad, por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-288-14 de 20 de mayo de 2014. Magistrado Ponente Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶ Artículo 3º. El nombramiento en un empleo de carácter temporal se efectuará teniendo en cuenta las listas que hagan parte del Banco Nacional de Listas de Elegibles y que correspondan a un empleo de la misma denominación, código y asignación básica del empleo a proveer. Para el análisis del perfil y de las competencias requeridas, la entidad deberá consultar las convocatorias que le suministre la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Cuando, excepcionalmente, no existan listas de elegibles vigentes que permitan la provisión del empleo temporal, la entidad realizará un proceso de evaluación del perfil requerido para su desempeño a los aspirantes a ocupar dichos cargos, de acuerdo con el procedimiento que establezca cada entidad.

El ingreso a empleos de carácter temporal no genera el retiro de la lista de elegibles ni derechos de carrera.

⁷ Artículo 4º. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento.

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal” (negrilla fuera de texto).

⁸ Sección Segunda, sentencia del 19 de junio de 2008, Exp. No. 11001-03-25-000-2006-00087-00 (1475-06), actor: Cristina Flórez Moreno, magistrado ponente Dr. Jaime Moreno García.

Por su parte, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁹ señaló que el empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, que debe contar con un soporte técnico y con la apropiación y disponibilidad presupuestal:

"[E]l empleo temporal constituye una nueva modalidad de vinculación a la función pública, diferente a las tradicionales de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa; tiene carácter transitorio y excepcional y, por ende, su creación sólo está permitida en los casos expresamente señalados por el legislador; ello exige un soporte técnico que justifique su implementación, el cual debe ser aprobado por el Departamento Administrativo de la Función Pública; además, se debe contar con la apropiación y disponibilidad presupuestal necesaria para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales".

Estudio técnico.

La Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República realizó un estudio técnico con fecha 9 de febrero de 2017 en el que se señala que de conformidad con lo que ha alertado oportunamente la Contraloría General de la República, el comportamiento de los ingresos por regalías viene en descenso, al punto de registrarse una estrepitosa caída equivalente al 32,69% en el presupuesto de regalías del bienio 2015-2016, lo cual impactó en una menor proyección en el presupuesto correspondiente al bienio 2017-2018, situación generada por el impacto de la caída del petróleo, sin que haya podido compensar con el alto precio del dólar registrado durante el pasado año 2016 y que por esta razón no existe otro camino que ajustar su inversión y gastos de funcionamiento de conformidad con el presupuesto decretado por el Gobierno Nacional para el bienio 2017-2018, que para el caso de la Contraloría General de la República el impacto está directamente relacionado con la ocupación de su planta temporal de Regalías (f. 44).

En el numeral 3 del estudio técnico se hizo un análisis y justificación para la reducción de empleos, concluyendo que de acuerdo con lo ordenado al Contralor General de la República en el Decreto 2190 de 2016, se debe proceder a disminuir la ocupación de empleos en la planta temporal de regalías correspondiente a 338 cargos.

De acuerdo con las conclusiones en dicho estudio se tuvo en cuenta la proporcionalidad y por ello no se podían prescindir de todos los cargos de mayor jerarquía, porque lo que se hizo fue ajustar la planta temporal al presupuesto de la entidad.

Caso concreto

De acuerdo con la Resolución ORD-81117-0002594-2015 del 30 de julio de 2015, el demandante fue nombrado con carácter ordinario en el cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02 en el Grupo Interno de trabajo para el ejercicio de la vigilancia y del control fiscal micro, adscrito a la Planta Temporal de empleos de la Contraloría General de la República, creada mediante el Decreto 1539 del 17 de julio de 2012 (f. 39).

Fue retirado del servicio mediante la Resolución 81117-00388 del 10 de febrero de 2017, acto administrativo demandado que de acuerdo con lo expuesto en el escrito de la demanda incurre en los siguientes cargos: falsa motivación por cuanto está plenamente establecido dentro del proceso que no fue la reducción del presupuesto lo que ocasionó su retiro;

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero ponente: William Zambrano Cetina, 16 de agosto de 2012. Radicación número: 11001-03-06-000-2011-00042-00 (2105).

ausencia de motivación porque solo se plantea la reducción del presupuesto, pero no se explica por qué esa circunstancia tenía que afectar su situación particular y en el estudio técnico no se especifica, ni se analizan los criterios para definir que era él quien debía ser retirado y desviación de poder en razón a que no fueron las necesidades del servicio las que motivaron el retiro, sino razones ocultas y oscuras no publicadas, ni puestas de presente para ejercer el derecho de defensa.

Falsa motivación y falta de motivación

Respecto del cargo en estudio debe decirse que este se caracteriza fundamentalmente por una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que sirve de sustento al acto administrativo, esto es, cuando *"no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y la expresión de los motivos que en el acto se aducen como fundamento de la decisión"*¹⁰.

Ahora bien, recientemente ha venido distinguiendo el Consejo de Estado entre los conceptos de falsa motivación y falta de motivación, fundamentando la diferencia así:

"La falta de motivación, entonces, es el presupuesto o una de las causas que dan lugar a la nulidad por expedición irregular del acto administrativo, que no a la nulidad por falsa motivación, como suele entenderse equivocadamente.

La falsa motivación es una causal independiente y autónoma, en la medida en que alude a los hechos del caso y a la prueba. En efecto, la falsa motivación se relaciona directamente con el principio de legalidad de los actos y con el control de los hechos determinantes de la decisión administrativa.

Por lo tanto, para que la pretensión de nulidad de un acto administrativo por falsa motivación prospere, se debe demostrar (I) que los hechos que la administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no se probaron en la actuación administrativa o (II) que la administración omitió tener en cuenta hechos que si estaban demostrados y que si se hubiesen considerado habrían modificado sustancialmente la decisión.

*En conclusión, mientras la falta de motivación implica la ausencia de motivo, la falsa motivación parte del supuesto de que el acto administrativo sí se motivó, pero de manera falsa, engañosa o, simplemente, con fundamento en hechos no probados (Resalta el Despacho)".*¹¹

Sobre la motivación del acto, independientemente de su falsedad o existencia, la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado ha señalado que:

*"... [L]a motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable. (...) A contrario sensu, si la declaración de voluntad, se fundamenta en hechos que no existieron, que fueron diferentes a como los presenta el sujeto titular del poder administrativo, el elemento causal del acto se encontrará viciado"*¹².

Así, la falsa motivación puede presentarse por cualquiera de las siguientes dos circunstancias: i) error de derecho y ii) error de hecho, en tanto, como cualquier acto reglado, la motivación debe tener fundamento en una norma jurídica aplicable al caso y así mismo en la existencia del supuesto de hecho contenido en ella. El error de derecho bien puede darse

¹⁰ Juan Ángel Palacio Hincapié. Derecho Procesal Administrativo. Librería Jurídica. 8ª Edición. Pág. 306.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 29 de abril de 2015, Radicación número: 11001-03-15-000-2014-04126-00 (AC).

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 1º de junio de 2006. Expediente: 0233-06.

porque el fundamento de derecho es inaplicable, ya por su no vigencia o su impertinencia a la situación en concreto. El error de hecho puede darse por inexistencia real del supuesto de hecho o por la existencia de un motivo ajeno a las finalidades del servicio¹³. Con todo, le corresponderá al interesado demostrar cualquiera de ellos, para la prosperidad de las pretensiones.

De esta manera, para el análisis concreto del cargo invocado es necesario remitirse a los argumentos expuestos en el acto administrativo sujeto a control de legalidad y revisada la Resolución ORD-81117-00388 del 10 de febrero de 2017 (fs. 3 a 5), el Contralor General de la República resolvió ordenar el retiro del servicio del demandante del cargo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, grado 02 del Sistema General de Regalías – Grupo Interno Control Fiscal Micro, con sustento en:

“Que el Decreto 2190 del 28 de diciembre de 2016 ‘Por el cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de 2017 al 31 de diciembre de 2018’ que en su artículo 3° determinó lo siguiente: ‘Presupuesto de los órganos del Sistema General de Regalías. De conformidad con el monto total de gastos del Sistema General de Regalías definido en el artículo anterior, autorícese gastos con cargo a los Órganos del Sistema General de Regalías, durante el bienio del 1° de enero de 2017 al 31 de diciembre de 2018 por la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA LEGAL (8587.961.887.870), según el siguiente detalle: (...) CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA 58.796.188.787’.

Que con estos recursos se deben pagar gastos de funcionamiento y gastos de personal de planta temporal de la Contraloría General de la República.

Que el artículo 42 del Decreto 2190 de 2016, facultó al Contralor General de la República para efectuar los ajustes necesarios para que la planta de personal sea consistente con los montos apropiados por el mismo (Decreto 2190 de 2016) a este órgano de control. Para el efecto podrá reducir, suprimir o refundir empleos en la Planta temporal que se prorrogaron en el presente artículo.

Así mismo, en su parágrafo determinó que “Si durante la ejecución del presupuesto del Sistema General de Regalías del bienio 2017-2018 es necesario efectuar ajustes a los montos aprobados en el presente Decreto, el Contralor General de la República revisará la estructura de la Planta de Personal, reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales.”

Que de los decretos que determinan el presupuesto del sistema general de regalías que corresponde a la Contraloría General de la República es evidente la reducción presupuestal generada para el presente bienio lo que impide atender los gastos de la planta de personal en las actuales circunstancias.

(...).

Que revisadas las necesidades del servicio, cargos y grados con las condiciones actuales presupuestales de la Contraloría General de la República para financiar los empleos de la Planta de Regalías se requiere realizar los ajustes correspondientes a fin de cumplir con las previsiones constitucionales y legales en esta materia.

(...)

¹³ Consejo de Estado, sentencia del 17 de febrero de 2000, consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayala. Radicado: 5501 “La falsa motivación se presenta cuando la situación de hecho que sirve de fundamento al acto administrativo se revela inexistente, o cuando existiendo unos hechos, estos han sido calificados erradamente desde el punto de vista jurídico, generándose en la primera hipótesis, el error de hecho, y en la segunda, el error de derecho, como modalidades diferentes de la falsa motivación”.

Que la apropiación existente es insuficiente para financiar el empleo de Profesional Universitario, Nivel Profesional, Grado 02, del SGR-Grupo Interno Control Fiscal Micro desempeñado por CHRISTIAN LEONARDO NADJAR CRUZ".

Es así como, contrario a lo manifestado, el nombramiento del demandante fue para la planta temporal de la Contraloría que desde su creación mediante el Decreto 1539 de 2012 fue supeditada a las disponibilidades presupuestales y hasta la concurrencia de las apropiaciones y su retiro del servicio del demandante obedeció precisamente a la reducción presupuestal, sustentada en un estudio técnico (aportado tanto por el demandante como por la entidad demandada) que no fue tachado de falso ni tampoco se allegó prueba que desvirtuara la información allí contenida, es decir, no se demostró que la razón del retiro obedeciera a razones diferentes a la reducción presupuestal para el bienio de 2017- 2018, que fue claramente motivado en el acto administrativo de retiro del servicio.

El demandante no demostró que la Contraloría General de la República tuviera razones distintas a la reducción del presupuesto del bienio 2017 — 2018 decretado por el Gobierno Nacional y el análisis realizado por la Oficina de Planeación de la Contraloría General de la República se sustentó, se reitera, en la facultad otorgada al Contralor de la República para revisar la estructura de la planta reduciendo, suprimiendo o refundiendo empleos, para ajustarla a las nuevas disponibilidades presupuestales.

Desviación de poder

Indicó el demandante que la razón de su retiro no obedeció a las necesidades del servicio sino a razones ocultas y oscuras no publicadas, ni puestas de presente para ejercer el derecho de defensa.

Recuerda el Despacho que la desviación de poder en la jurisprudencia nacional ha sido considerada como el vicio que se presenta cuando la administración se aparta de la finalidad prevista, al menos implícitamente, en la regla de derecho.

En los eventos en los que se alega la desviación de poder es fundamental la carga de la prueba que radica en el demandante, quien al alegar la existencia del cargo tendrá que aportar las pruebas que soporten sus afirmaciones para lograr el convencimiento del juzgador y comprobar que el acto administrativo no cumplió con la finalidad de su expedición o fue proferido con una diferente. Al respecto sostuvo la Corte Constitucional:

"[Q]uien considere haber sido víctima de un uso fraudulento de la figura de llamamiento a calificar servicios, podrá presentar los recursos pertinentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y tendrá a su carga la demostración probatoria del uso de la herramienta para propósitos discriminatorios o fraudulentos. De esta manera, no le corresponderá a la Fuerza Pública la carga probatoria sobre la motivación del acto de llamamiento a calificar servicios, que se presume responde a la exigencia legal, pero en todo caso, deberá responder a los alegatos que sobre uso fraudulento se presenten"¹⁴.

En el presente caso, no se aporta prueba alguna que demuestre las razones ocultas y oscuras citadas por el demandante, por el contrario el acto administrativo expuso las razones del retiro, que fueron estudiadas en el acápite anterior.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-091-16.

Por lo anterior, en el caso en estudio, se puede afirmar que al demandante no le asiste razón en lo pretendido con su demanda; en consecuencia, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

Costas: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas..."*.

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso¹⁵, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a las costas en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra"* (Subrayas para resaltar).

Ahora bien, el Consejo de Estado¹⁶ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 8º, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación: *"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil. Lo que no obsta para que se exija "prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley". Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costas (regla nro. 1, 2, 4 y 5) <<"debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación">>"*¹⁷.

¹⁵ Cfr. La sentencia C-157-13 MP Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

¹⁶ Consejo de Estado, seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), SECCIÓN CUARTA con ponencia del Consejo Octavo Ramírez Ramírez, Radicación No. 120486 Actor DIEGO JAVIER JIMÉNEZ GIRALDO Demandado: DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES DIAN.

¹⁷ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nros. 20616 y 20389, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.

El Despacho, conforme con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA., se abstendrá de condenar en costas a la parte demandante, en tanto no se ha comprobado el valor en esta instancia de las agencias del derecho.

III. DECISIÓN

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer probadas.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

La presente sentencia queda **notificadas en ESTRADOS**, conforme se dispone en el **artículo 202 del C.P.A.C.A.** y contra esta procede el recurso de apelación en los términos del artículo 247 de la misma norma.

Parte actora: interpone recurso de apelación

Parte demandada:

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se da por terminada, siendo las diez y cuarenta y siete de la mañana (10:47 a.m.), y se firma por quienes en ella intervinieron.


LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez


JOSÉ LEONCIO BETANCUR LARGO
Apoderado Parte demandante


LUISA FERNANDA RODRÍGUEZ GARCÍA
Apoderado Parte accionada


ELSA ROCÍO GONZÁLEZ CUBILLOS
Profesional Universitario