



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja
Correo institucional: j14admintun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Tunja, 29 JUN 2018

DEMANDANTE: MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL
DEMANDADO: MUNICIPIO DE TUNJA - CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA
RADICACIÓN: 150013333014 2013-00192 00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 181 inciso último y 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. LA DEMANDA:

La señora **MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL**, por intermedio de apoderado judicial, acudió a esta jurisdicción en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el **MUNICIPIO DE TUNJA** y la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA**, quien plantea que se acojan las siguientes:

1. PRETENSIONES (fls.5-7 y 144-146):

Solicita se declare la **nulidad** de la **Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012** "Por medio del cual se declara la *insubsistencia de un empleado de Libre Nombramiento y Remoción*", proferida por el Contralor Municipal de Tunja, que declaró insubsistente a la demandante como **ASESORA DE CONTROL INTERNO**.

Como consecuencia de lo anterior solicita ordenar a la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA** a reintegrar a la demandante en sus funciones y asignaciones salariales como Asesora de Control Interno en idénticas condiciones a las que tenía cuando desempeñaba dicho cargo desde el 7 de noviembre del 2012, hasta el momento en que se produzca el acto de nombramiento y posesión.

De igual forma, solicita que el **MUNICIPIO DE TUNJA** y la **CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA**, en aras de **reparar el daño** ocasionado a la actora y a título de



indemnización por daños materiales y morales, paguen las sumas de dinero, discriminadas así:

• **DAÑOS MATERIALES A FAVOR DE LA DEMANDANTE:**

1. Los salarios, primas, reajustes o aumentos de sueldo, mensuales dejadas de recibir en el cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja desde el 7 de noviembre del 2012 y las que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno.

2. La liquidación de prestaciones sociales desde el 7 de noviembre del 2012 y las que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.

3. La suma de las cuotas mensuales del Crédito con la Cooperativa de Servicios Públicos y Jubilados de Colombia - COOPSER:

a) El primero N° 79-03484 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$440.383 mcte.).

b) El segundo crédito No. 85-03699 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$443.435 mcte.), desde el mes de noviembre del 2012, más aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.

4. La suma de las cuotas mensuales del Crédito con el Banco Davivienda:

a) El primero N° 6117176000170261 pagando una cuota mensual de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$248.032 mcte.).

b) El segundo crédito N° 5917176000557024 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$457.355 mcte), desde el mes de noviembre del 2012, más aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.



5. La suma de las cuotas mensuales del Crédito con el Banco Falabella. Cuya obligación recae en la tarjeta N° *****5044 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON 35/100 (\$493.936.45 mcte.) desde el mes de noviembre del 2012, mas aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.
6. La suma de las cuotas mensuales del Crédito con el Banco de Occidente. Cuya obligación recae en las siguientes tarjetas:
 - a) La primera N° 489925-*-*9-536 pagando una cuota mensual promedio de CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$170.000 mcte.).
 - b) La segunda N° 540625-*-*5-018 pagando una cuota mensual promedio de CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$170.000 mcte.), desde el mes de noviembre del 2012 más aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.
7. La suma de las mensualidades de la pensión del colegio los Ángeles a nombre de los menores ANDRES Y VALERIA SANCHEZ JIMENEZ desde el mes de noviembre del 2012, más aquellas que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.
8. La suma de DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL PESOS (\$2.794.000 mcte.) por concepto de impuesto predial unificado del inmueble ubicado en la calle 76A N° 2-71 Mz M Lo 17 de la ciudad de Tunja, más aquellos que se causen hasta que sea reintegrada a su cargo de Asesor de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja.

• **DAÑOS MORALES A FAVOR DE LA DEMANDANTE:**

Solicita sean reconocidos a favor de la demandante, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, como indemnización del daño moral sufrido.

Así mismo, solicita que para los efectos de prestaciones sociales en general, se declare que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio



por parte de la demandante y se ordene el cumplimiento de la sentencia en los términos señalados en el artículo 192 del CPACA.

Finalmente solicita condenar a las entidades demandadas a pagar las costas procesales.

2. HECHOS DE LA DEMANDA (fls.2-5 y 136-137):

Se enunciaron en resumen los siguientes:

Que el **30 de diciembre del 2011**, mediante la Resolución No. 173 la demandante fue nombrada por el Contralor Municipal de Tunja, en el cargo de ASESOR DE CONTROL INTERNO código 105 Grado 01, prestando sus servicios a partir de esa fecha ininterrumpidamente de manera eficiente y cumpliendo con las funciones asignadas.

Que el **07 de noviembre del 2012**, el Contralor Municipal de Tunja doctor JOSE ARMANDO PUIN, a través de la Resolución N° 138, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de ASESOR DE CONTROL INTERNO, decisión que fue comunicada mediante Oficio O.A. 1578 del 7 de noviembre del 2012.

Que con ocasión a su nombramiento como ASESOR DE CONTROL INTERNO, adquirió las siguientes obligaciones, las cuales serían canceladas con el salario que recibiría como Asesora de Control Interno:

1. *Dos Créditos con la Cooperativa de Servicios Públicos y Jubilados de Colombia - COOPSER:*
 - i) El primero N° 79-03484 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CUARENTA MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS (\$440.383 mcte.) y ii) El segundo crédito el N° 85-03699 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$443.435 mcte.).*
2. *Dos Crédito con el Banco Davivienda: i) El primero N° 6117176000170261 pagando una cuota mensual de DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL TREINTA Y DOS PESOS (\$248.032 mcte.) y ii) El segundo N° 5917176000557024 pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$457.355 mcte.).*



3. *Crédito con el Banco Falabella: obligación adscrita a la tarjeta de crédito *****5044, pagando una cuota mensual de CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON 35/100 (\$493.936.45 mcte.).*
4. *Crédito con el Banco de Occidente: obligación adscrita a las siguientes tarjetas de crédito: i) La primera N° 489925-*-*9-536 pagando una cuota mensual promedio de CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$170.000 mcte.) y ii) La segunda N° 540625-*-*5-018 pagando una cuota mensual promedio de CIENTO SETENTA MIL PESOS (\$170.000 mcte.).*

Que adicionalmente la demandante asumió la responsabilidad de pagar mensualmente la pensión de sus dos menores sobrinos ANDRES Y VALERIA SANCHEZ JIMENEZ en el Colegio los Ángeles; que para el mes de noviembre pago las sumas de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL PESOS y DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL PESOS y que para el mes de diciembre pago por concepto de pensión las sumas de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS PESOS y CUATROCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS respectivamente, asumiendo también los gastos de alimentación, transporte útiles escolares, vestido, libros, etc., de los menores.

Que es propietaria del inmueble ubicado en la calle 76A N° 2-71 Mz M Lo 17, del cual debió cancelar el impuesto predial unificado por la suma de DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL PESOS (2.794.000 mcte.), dinero que tuvo que pedir prestado para que no le embargaran su hogar, *“debido a que con el salario que obtenía como asesora de control interno iba a pagar su obligación”*.

Que la demandante al no poder cumplir con las obligaciones crediticias ya citadas producto de la declaratoria de insubsistencia, ha padecido un perjuicio moral reflejado en sentimientos de tristeza, desesperación y angustia constante al no tener dinero para cumplir con el pago de los créditos y con el temor que le embarguen su casa.

Que la Ley 87 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 1474 de 2011, establece que el Jefe de la Oficina de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro años en la mitad del respectivo periodo del Alcalde o Gobernador; que para el caso bajo estudio, la mitad del periodo de la administración de Tunja inició el 01 de enero de 2012, razón por la cual vencía el 31 de diciembre del año 2015 y que



por tanto para la declaratoria de insubsistencia (7 de noviembre del año 2012) no había transcurrido aun la mitad del periodo de dicha administración.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

La parte demandante considera que se han vulnerado los artículos 267 al 274 de la Constitución Política; artículos 1, 5, 9, 11 de la Ley 87 de 1993; artículos 27 y 29 de la Ley 489 de 1998; artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 y el artículo 186 de la Ley 136 de 1994.

Argumenta que el acto administrativo acusado fue expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, porque se transgredió el **artículo 269 de la Constitución Política** que obliga a las entidades públicas a cumplir la Ley que sobre *Control Interno* desarrolle el legislador, como la Ley 87 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 1474 de 2011, normas que señalaron el periodo fijo que tienen los *Asesores de Control Interno* y que no tuvo en cuenta la Contraloría Municipal de Tunja cuando declaró insubsistente a la demandante.

Señala que también se vulneró la **Ley 87 de 1993**, al desconocer que el *Jefe de la Oficina Asesora de Control Interno*, fue creado para todas las autoridades de control y como tal, su periodo era fijo, por lo cual la accionante no podía ser declarada insubsistente antes de que llegara la mitad del periodo de la actual administración como lo establece la Ley.

Después de citar los **artículos 5º, 9º, 10º y 11º de la Ley 87 de 1993**, señala que estas normas ordenan a todas las entidades del Estado a designar un *Asesor de Control Interno* y que no es correcto seguir la línea interpretativa de la Contraloría en entender que la reforma de la Ley 1474 de 2011, no le es aplicable, pues ello generaría que en la ley no hubiese competencia para nombrar al Asesor de Control Interno, desconociendo el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que le da esa facultad al representante legal de la entidad.

Indica que el **artículo 29 de la Ley 489 de 1998**, señala que la norma es aplicable a todas las *entidades autónomas y territoriales*, y que por tanto debe entenderse frente a los efectos que sobre el sistema se apliquen que la temporalidad del cargo de libre nombramiento como el de Asesor de Control Interno y por tanto la



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 150013333014-2013-00192-00
Sentencia

demandante debió permanecer en el cargo hasta el 31 de diciembre de 2013, por ser este un cargo de periodo fijo y por tanto el acto de insubsistencia es contrario a la ley y debe declararse su nulidad.

Señala que la **Ley 1474 de 2011**, comúnmente llamada *Ley anti corrupción*, por la cual se modificaran varias leyes marco, como la disciplinaria, de contratación estatal y control interno, es una norma de carácter general que se aplica a "*todas las entidades estatales*" incluida la Contraloría Municipal de Tunja, razón por la cual no puede excusarse argumentando que esa ley solo es aplicable a la Rama Ejecutiva.

Refiere que aunque el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca como de libre nombramiento, no se configura el segundo aspecto de libre *remoción*, porque el inciso segundo de la Ley 1474 de 2011, establece un periodo fijo de cuatro años y en consecuencia la libre remoción se da después de cumplir el periodo que establece la ley, razón por la cual no podía la Contraloría Municipal de Tunja dentro de su facultad discrecional declarar insubsistente a la demandante cuando no había culminado su periodo que terminaba el 31 de diciembre de 2013.

Aduce que la entidad demandada también vulneró la **Ley 136 de 1994**, que impone la obligación a las Contralorías Municipales de implementar una adecuada organización del sistema de control interno en su entidad.

Invoca como causal de nulidad del acto acusado la denominada "**FALSA MOTIVACIÓN**"; la cual sustenta en el hecho que si bien los actos administrativos mediante los cuales se declara insubsistente a un empleado de libre nombramiento y remoción *no se motivan*, si se debe indicar la normatividad que invoca el nominador para tomar esa decisión.

Agrega que el Contralor Municipal de Tunja, motivó el acto administrativo demandado en normas como la Ley 42 de 1993, que nada tiene que ver con las facultades del Contralor para declarar la insubsistencia de la demandante; en la Ley 443 de 1998, que fue derogada en el año 2004 por la Ley 909 y en el Decreto 2400 de 1968, derogado por el Decreto Nacional 1222 de 1993, norma que no da claridad frente a la competencia que señala tener el contralor, configurándose de esta forma una falsa motivación en el acto administrativo acusado.



Finalmente indica que la decisión de declaratoria de insubsistencia de la accionante se fundamentó en unos conceptos del Departamento de la Función Pública, que no son vinculantes según el Decreto 01 de 1984 y que por tanto no pueden ser usados como sustento jurídico.

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA:

- *De la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA:*

Dentro del término legal establecido el apoderado de la entidad demandada, contesta la demanda manifestando su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos (fls.172-187):

Indica que el acto administrativo demandado fue expedido de conformidad con las normas aplicables al caso concreto y con las garantías constitucionales en observancia del debido proceso y el derecho de defensa de la actora.

Señala que el Contralor Municipal de Tunja expidió el acto administrativo demandado con plena observancia de los requisitos legales y sin desconocer lo señalado en la Ley 1474 de 2011 o Estatuto Anticorrupción, ya que las Contralorías no pertenecen a la Rama Ejecutiva del orden territorial, como equivocadamente lo interpreta la parte actora.

Manifiesta que el cargo de Asesor de Control Interno es un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto el nominador goza de la facultad discrecional para remover del cargo a quien funge en él.

Refiere que el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, que señala un periodo fijo de cuatro años para la designación del Jefe de la Unidad de la Oficina de Control, "...no es aplicable a la Contraloría Municipal de Tunja" (fl.178), tal y como lo ha señalado en algunos conceptos y pronunciamientos el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Afirma que se encuentra probado dentro del expediente que el cargo que ostentaba la demandante era de libre nombramiento y remoción, y por tanto para estos



empleos conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el nominador en virtud a la facultad discrecional que le asiste *"no requiere motivar el acto de insubsistencia"*, razón por la cual le corresponde a la parte actora demostrar los presuntos vicios de legalidad del acto demandado.

Aduce que para este tipo de empleos la facultad discrecional del nominador es más amplia porque son empleados de confianza y por lo mismo goza de la facultad para conformar su equipo de trabajo, razón por la cual le corresponde a la parte no solo indicar la presunta ilegalidad que contiene el acto acusado sino que debe probar que con su retiro se desmejoró el servicio.

Sustenta que en el caso bajo estudio con la declaratoria de insubsistencia de la demandante *"no se desmejoró el servicio"*, por cuanto mediante la Resolución No. 159 del 21 de noviembre de 2012, se nombró en el cargo de Jefe Oficina Asesora de Control Interno a la doctora ELSA MARINA BRICEÑO PINZÓN, quien cumplía con los requisitos exigidos señalados en el Manual de Funciones de la Contraloría, y tenía un mejor perfil y experiencia laboral que la demandante.

Señala que la parte actora no solicitó la nulidad del acto administrativo mediante el cual se nombró a la señora ELSA MARINA BRICEÑO PINZÓN, lo cual no permitiría que ejerciera su derecho de defensa y debido proceso, en caso de verse afectada por la resolución del proceso en estudio.

Manifiesta que frente a la causal de *FALSA MOTIVACIÓN*, conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta se presenta cuando los hechos de la decisión no existieron o cuando no concuerda la realidad fáctica con la analizada por la administración y que los argumentos subjetivos que aduce la parte demandante no configuran dicha causal.

• **Del MUNICIPIO DE TUNJA:**

Dentro del término procesal correspondiente, la apoderada de la entidad demandada, presentó contestación de la demanda (fls.378-390), en la que señala que el Municipio de Tunja no tiene injerencia en lo deprecado por la accionante sin embargo en caso de interpretación diferente indica que se opone a las solicitudes declarativas y de condena elevadas como quiera que la entidad territorial no está



legitimada para soportarlas, teniendo en cuenta que el acto administrativo objeto de demanda fue proferido por la Contraloría Municipal.

Indica que respeto de las normas violadas y el concepto de violación el Municipio de Tunja no vulneró ninguna disposición de orden constitucional y legal, ya que por el contrario se ha actuado conforme a la legislación nacional sobre la materia.

Sustenta que el tipo de nombramiento que le permitió a la actora tener vinculación con la Contraloría Municipal es de Libre Nombramiento y Remoción, el cual conforme a la jurisprudencia de las antas Cortes, no le otorga estabilidad alguna en el empleo, como quiera que su provisión obedece a motivos de confianza, y por tanto debe estar dispuesto a que en cualquier momento el nominador lo desvincule para dar paso a designar a otra persona.

Señala que el cargo de Asesor de Control Interno de Gestión, por regla general es de *libre nombramiento y remoción* y por tanto es el nominador quien tiene la facultad discrecional de vincular y retirar del servicio a quien ocupe tal cargo aunado a que conforme con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, las contralorías municipales como entidades de control, *“no están obligadas a designar a este funcionario por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.”* (fl.382).

Indica respecto al artículo 267.4 de la Constitución Política, el artículo 66 de la Ley 42 de 1993 y los artículos 154 y 155 de la Ley 136 de 1994, que las Contralorías son instituciones de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal, lo cual implica la facultad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hacen parte y ordenar el presupuesto que se le asigne, sin que ello quiera decir que gozan de personería jurídica.

Señala que el municipio de Tunja atendiendo la naturaleza de la Contraloría Municipal, no está legitimado para soportar las pretensiones exigidas por la demandante, ya que la vinculación en el proceso se genera debido a que las contralorías son entidades públicas que no cuentan con personería jurídica, sino que aquellas del orden municipal y departamental se encuentran adscritas a la entidad territorial, ya sea el Departamento o Municipio así como lo establece el artículo 39 de la Ley 489 de 1998.



Finalmente como excepciones propone las que denomina:

➤ **“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL MUNICIPIO DE TUNJA”**; sustenta que en el presente asunto se debe analizar la *legitimación material en la causa*, que permite dilucidar adecuadamente la vinculación y responsabilidad jurídica del Municipio de Tunja, respecto de las pretensiones invocadas y que resulta obvio que no tuvo ningún tipo de injerencia, en la producción de la situación fáctica que genera la reclamación de la parte demandante, atendiendo a que la declaratoria de insubsistencia fue proferida por el Contralor Municipal de Tunja, quien conforme a la ley es el funcionario competente para proferir esa clase de actos administrativos.

Agrega que debe aplicarse lo dispuesto en el inciso final del artículo 159 del CPACA, que establece una excepción en el caso de las contralorías y las personerías, ya que estas entidades sin tener personería jurídica se les facultó de manera exclusiva para que ejerzan su representación judicial y acudan al proceso de manera independiente, esto es, sin que deban hacerlo acompañadas por el ente territorial al cual pertenecen. Que no obstante, la demanda debe interponerse en contra de la Alcaldía Mayor de Tunja - Contraloría Municipal, por ser esta la entidad con personería jurídica a la que se encuentra adscrita la Contraloría, pero no por ello la Alcaldía debe comparecer en el proceso, pues la representación y defensa judicial recae en cabeza del Contralor.

➤ **“INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO”**; señala que la Contraloría Municipal como órgano de control, no tiene la obligación legal de dar aplicación a lo contemplado en la Ley 1474 de 2011, porque es clara la voluntad del legislador al establecer que son las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Central y Territorial, las que deben aplicar el periodo de cuatro años para los Jefes de la Oficina Interna de Control.

➤ **“COBRO DE LO NO DEBIDO”**; indica que no le asiste razón a la parte demandante para reclamar derecho alguno en el *sub lite* y que el Municipio de Tunja ha obrado conforme a los preceptos constitucionales y legales y por tanto no hay cabida para que prosperen las pretensiones invocadas porque carecen de fundamento legal.



III. ACTUACION PROCESAL:

3.1 Audiencia Inicial: Admitida la demanda por este Juzgado mediante proveído del 06 de febrero de 2014¹ y notificadas las partes², el MUNICIPIO DE TUNJA y la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA contestaron la demanda dentro del término legal³; una vez corrido el correspondiente traslado de las excepciones⁴, mediante proveído del 15 de octubre de 2015, se fijó fecha para audiencia inicial⁵ la cual se realizó el 18 de noviembre de 2015, sin embargo fue aplazada por solicitud del apoderado de la parte actora y reprogramada para el 03 de febrero de 2016⁶, fecha en la cual se continuó con la audiencia inicial desarrollándose la misma en los términos del artículo 180 del C.P.A.C.A, culminando con la fijación de fecha para la audiencia de pruebas⁷.

3.2 Audiencia de Pruebas: el 18 de abril de 2016, se realizó la audiencia de pruebas sin embargo fue aplazada por solicitud de la apoderada de la parte demandada Contraloría Municipal de Tunja y reprogramada para el 08 de julio de 2016⁸, fecha en la cual se continuó con la audiencia, no obstante, fue suspendida hasta tanto la demandante designara apoderado judicial que representara sus intereses⁹. Por auto del 29 de septiembre de 2016, se fijó fecha para continuar con la audiencia de pruebas¹⁰, la cual se realizó el 04 de noviembre de 2016, incorporándose las documentales arrimadas y se aceptó la solicitud de desistimiento de prueba testimonial presentada por el apoderado de la Contraloría Municipal de Tunja¹¹; el 23 de noviembre de 2016, se continuó con la audiencia de pruebas incorporándose las documentales arrimadas y suspendiéndose la misma para el día 03 de febrero de 2017¹²; fecha en la cual se continuó con la audiencia incorporándose las documentales arrimadas y suspendiéndose para el día 27 de marzo de 2017¹³; fecha en la cual se continuó con la audiencia de pruebas incorporándose la documental que se encontraba pendiente de recaudar y sin más pruebas por practicar se dispuso

¹Folios 151 y 152 vto.

²Folios 156 - 158.

³Folios 172 - 187 y 378 - 390.

⁴Folios 422.

⁵Folios 429 y vto.

⁶Folios 433 - 434.

⁷Folios 462 - 467.

⁸Folios 526 - 528.

⁹Folios 530, 531 y 546.

¹⁰Folios 570 y vto.

¹¹Folios 582-585.

¹²Folios 607-611.

¹³Folios 647-649.



que era innecesario fijar fecha para la celebración de audiencia de alegatos y juzgamiento, y se corrió traslado a las partes para que presentaran por escrito sus alegatos de conclusión¹⁴.

IV. ALEGATOS:

- *De la parte demandante (fls.665 a 671):*

Dentro del término legal la apoderada de la parte actora presenta alegatos de conclusión en los que reitera los argumentos expuestos en el escrito de demanda, insistiendo en que las disposiciones de la Ley 87 de 1993, son aplicables de manera homogénea a *los órganos de control*, por tanto pensar que la norma escapa a la órbita de la Contraloría Municipal de Tunja, conlleva a desconocer postulados de legalidad impuestos por la constitución y la ley.

Sustenta que es errada la posición de la Contraloría municipal de Tunja, al considerar que la Ley 1474 de 2011, solo es aplicable a las entidades de la rama ejecutiva, cuando la ley debe entenderse en su *máxima expresión*, es decir, que dicha disposición se aplica como lo señala el artículo 5 de la Ley 87 de 1993, "*a todos los órganos allí descritos, entre ellos los ORGANISMOS DE CONTROL*".

Indica que el cargo de Asesor de Control Interno es un cargo de libre nombramiento pero no de libre remoción, porque la Ley 1474 de 2011, estableció un periodo fijo de cuatro años para el funcionario designado.

Manifiesta que el Contralor Municipal de Tunja, al proferir el acto administrativo que declaró insubsistente a la demandante, no justificó su decisión en aspecto legal alguno, sino que lo profirió conforme al principio de autonomía y confianza que para el caso bajo estudio no es de recibo.

- *De la parte demandada Municipio de Tunja (fls.660-664):*

Dentro del término legal la apoderada del MUNICIPIO DE TUNJA presenta alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la

¹⁴Folios 656-658.



demanda, y agrega que el cargo de Asesor de Control Interno de Gestión, por regla general es de libre nombramiento y remoción y por tanto su vinculación y retiro del servicio de encuentra bajo la potestad discrecional del nominador, en decir del Contralor de Tunja, aunado a que conforme lo establece el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, las Contralorías municipales, como entidades de control no están obligadas a designar a este funcionario por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.

Finalmente solicita se denieguen las pretensiones de la demanda y en su lugar se declaren probadas la excepciones propuestas por el Municipio de Tunja.

- ***De la parte demandada CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA (fls.672 a 686):***

Dentro de la oportunidad legal, la apoderada de la CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y agrega que el acto administrativo demandado fue expedido sin transgredir ninguna norma superior, circunstancia que no ha sido desvirtuada legal ni probatoriamente en este proceso por la parte actora, conservando así su presunción de legalidad.

Señala que es evidente que la Ley 1474 de 2014, no es aplicable a la Contraloría Municipal de Tunja, ya que dicho ente no hace parte de la rama ejecutiva, para lo cual hace referencia al artículo 38 de la Ley 489 de 1998, que establece la integración de la rama ejecutiva, sin que mencione a las contralorías municipales.

Indica también que junto a las ramas del poder encontramos unos organismos autónomos e independientes de la nación y que la Contraloría se ha catalogado como uno de esos órganos de control del Estado.

Realiza un estudio sobre la evolución histórica, las funciones y generalidades de la Contraloría, con el fin de esclarecer y dar a entender que dicha entidad no pertenece a la rama ejecutiva, por lo cual no puede señalarse que exista una vulneración a la Ley 1474 de 2011.



Afirma que con la expedición del acto administrativo demandado se buscó mejorar el servicio de la entidad, y que no se probó que con posterioridad a la desvinculación de la actora, se hubiese desmejorado el servicio, por el contrario la persona que llegó a ocupar el cargo tenía un perfil profesional más idóneo.

Manifiesta que no resulta éticamente aceptables las pretensiones que hace la parte actora dentro del presente medio de control, referentes al pago de deudas crediticias que a motu proprio adquirió, así como el pago de la pensión de sus sobrinos cuando ni siquiera está probado que tuviera la custodia de los mismos, razón por la cual solicita *"que se imponga la condena de costas a la parte actora"* (fl.686).

Con fundamento en lo anterior solicita se denieguen todas y cada una de las pretensiones y se condene en costas a la parte demandante.

- **Ministerio Público:** no emitió concepto.

V. ANÁLISIS PROBATORIO:

Al expediente se allegó el siguiente material probatorio, que fue decretado y practicado siguiendo las formalidades preestablecidas en las normas procesales, respetando el derecho de contradicción, publicidad y defensa de las partes y que por lo tanto se incorporaron al expediente como pruebas legalmente recaudadas y allegadas a la actuación procesal, razón por la cual se valorarán en conjunto, para soportar la decisión que en derecho corresponda:

1. Copia auténtica de la **Resolución No. 173 de 2011** *"Por medio del cual se hace un nombramiento"*, a la demandante en el cargo de Asesor de Control Interno código 105 grado 01 de libre nombramiento y remoción, con efectos fiscales a partir del 30 de diciembre de 2011 (fl.21).
2. Copia auténtica del Acta de posesión del **30 de diciembre de 2011**, en el cargo de Asesor de Control Interno suscrita por la demandante (fls.22 y 188).
3. Copia auténtica de la **Resolución No. 138 del 07 de noviembre de 2012** *"Por medio del cual se declara la insubsistencia de un empleado de Libre Nombramiento"*



Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Rad: 150013333014-2013-00192-00
Sentencia

- y *Remoción*”, proferida por el Contralor Municipal de Tunja, que declaró insubsistente a la demandante como Asesora de Control Interno código 105 grado 01 (fl.23).
4. Copia auténtica del **Oficio No. O.A 1578 del 07 de noviembre de 2012**, por medio del cual se comunica el acto administrativo que declara insubsistente a la demandante (fl.24).
 5. Copia auténtica de la **Resolución No. 159 del 21 de noviembre de 2012**, por medio del cual se nombra con carácter de “*ORDINARIO*” a la señora ELSA MARINA BRICEÑO PINZÓN, en el cargo de Asesor de Control Interno código 105 grado 01 de la Contraloría Municipal de Tunja y Acta de posesión de la misma fecha (fls.25 y 26).
 6. Certificación proferida por la Cooperativa de Servicios Públicos y Jubilados de Colombia - COOPSERP de fecha 25 de octubre de 2012, en la que se indican los créditos que tenía la demandante con esa entidad financiera (fl.27).
 7. Certificaciones proferidas por el Banco Davivienda de fecha 20 de octubre de 2012, en las que se indica el estado de cuenta y créditos de la accionante (fl.28).
 8. Extracto de tarjeta de cuenta y comprobante de pago de cuenta No. xxxxxxxxxxxx 5044 del Banco Falabella de fecha 19 de diciembre de 2012 (fls.29-30).
 9. Estados de cuenta tarjeta No. 489925*****9-536 del Banco de Occidente de fechas 14 de diciembre de 2012 y 15 de enero de 2013 (fls.31 y 32).
 10. Copia auténtica del recibo de pago del impuesto predial unificado del inmueble de propiedad de la demandante ubicado en la calle 76 A No. 2-71 Mz M Lo 17 (fl.33).
 11. Copia auténtica del derecho de petición elevado por la accionante a través de apoderado judicial y dirigido al Contralor Municipal de Tunja, con radicado 0169 del 18 de febrero de 2013, mediante el cual se solicita la expedición de copias auténticas (fls.34 y 35).
 12. Copia auténtica del **Acuerdo Municipal No. 0025 del 05 de diciembre de 2011**, “*Por el cual se organiza la Contraloría Municipal de Tunja, se determinan las funciones por dependencias, se determina la planta de personal con código y*



grado, se fijan los principios generales inherentes a su organización y funcionamiento, se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de los empleados de la planta de personal y se dictan otras disposiciones” (fls.37-109).

13. Copia de la Hoja de vida de la demandante MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL, con perfil profesional de ingeniera de sistemas y especialista en Gobierno y Gerencia Territorial (fls.189-221 y 291-324).
14. Acta de posesión y Copia de la Hoja de vida de la señora ELSA MARINA BRICEÑO PINZON (quien fue nombrada en el cargo que ostentaba la demandante) con perfil profesional de abogada (fls.222-261 y 325-364).
15. Memorial del 16 de septiembre de 2016, suscrito por la rectora del Colegio de los Ángeles, con el que se adjuntan documentos en los que se relacionan de manera mensual el pago de las obligaciones respecto de los menores Valeria Sánchez Jiménez y Andrés Sánchez Jiménez, desde el mes de noviembre del 2012 a la fecha. (fl.559-569).
16. Oficio del 26 de septiembre de 2016, proferido por el Banco Falabella mediante el cual se relacionan los pagos de la obligación suscrita por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL desde el mes de noviembre de 2012 a septiembre de 2016, en la tarjeta No. *****7836 (fls.573-576).
17. Memorial del 11 de noviembre de 2016, suscrito por el Representante Legal en Asuntos Jurídicos de COOPSE, mediante el cual se adjunta Estudio de Cuenta de las obligaciones suscritas por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL, desde el mes de febrero de 2012 a diciembre de 2012 (fls.590 a 594).
18. Memorial del 11 de noviembre de 2016, suscrito por el Director de Servicios Agencia del BANCO DE OCCIDENTE, con el cual se adjunta certificación de pagos efectuados por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL, desde el mes de noviembre de 2012 al mes enero de 2013 (fls.598 a 602).
19. Memorial el 22 de noviembre de 2016, suscrito por el Director de Servicios Agencia del BANCO DE OCCIDENTE, con el que se adjunta certificación de pagos efectuados por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL, para el año 2013 (fls.612).



20. Oficio del 09 de diciembre de 2016, suscrito por la Rectora del Colegio los Ángeles, mediante el cual certifica que el contrato de matrícula, de los estudiantes VALERIA SANCHEZ JIMENEZ matriculada entre el año 2010 al 2014 y ANDRES SANCHEZ JIMENEZ quien continua matriculado fue firmado por el padre de los menores quien es el obligado a asumir dichos gastos (fl.618-621).
21. Oficio del 23 de diciembre de 2017, proferido por el BANCO DAVIVIENDA, mediante el cual informa, que la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL, es titular de la cuenta N° 6117176000170261 la cual se encuentra cancelada desde el 31 de diciembre de 2008 y la cuenta N° 5917176000557024 cancelada el 08 de mayo de 2015 (fls.625 a 632).
22. Oficio del 03 de marzo de 2017, proferido por el Banco Davivienda, mediante el cual remite en medio magnético CD con el histórico de pagos de las obligaciones suscritas por la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL identificada con C.c. No. 24.179.131 en las cuentas No.6117176000170261 y No.5917176000557024 (fl.653-655).

VI. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

1. PROBLEMA JURIDICO:

En audiencia inicial se fijó el problema jurídico a resolver en los siguientes términos (fls.462 a 467):

¿Si hay lugar a la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 138 del 07 de noviembre de 2012, mediante la cual el Contralor Municipal de Tunja, declara insubsistente a la demandante en el cargo que venía desempeñando como Asesora de Control Interno código 105, grado 01?. En caso afirmativo establecer ¿si tiene derecho la accionante al reintegro al cargo que venía desempeñando como Asesora de Control Interno, así como el pago de los daños materiales y morales reclamados?

2. TESIS:

De acuerdo con lo expuesto, analizada la demanda, su contestación y las alegaciones finales, el Despacho advierte que los argumentos relevantes de las partes, se concretarán en las siguientes:



- **Tesis argumentativa propuesta por la parte demandante:**

Solicita se declare la **nulidad** de la **Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012**, proferida por el Contralor Municipal de Tunja, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de libre nombramiento y remoción como **Asesora de Control Interno** porque considera que el acto administrativo demandado fue proferido con **infracción de las normas en que debería fundarse** porque considera que si bien el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca como de libre nombramiento, no se configura el segundo aspecto de libre remoción, atendiendo a que el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, establece que el Jefe de la Oficina de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro años y en consecuencia la libre remoción se da después de cumplir el periodo que establece la ley, razón por la cual no podía el Contralor Municipal de Tunja, dentro de su facultad discrecional declarar insubsistente a la demandante cuando no había culminado su periodo que terminaba el 31 de diciembre de 2013

Adicionalmente, argumenta que se configura la causal de nulidad de **falsa motivación** porque el Contralor Municipal de Tunja motivó el acto administrativo acusado en normas que nada tienen que ver con las facultades y competencias del Contralor para declarar insubsistente a la demandante.

A título de restablecimiento del derecho solicita ordenar a la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA a reintegrar a la demandante en el cargo de Asesora de Control Interno, y reconocer la indemnización por los perjuicios causados con la decisión administrativa proferida, mediante el pago de salarios, primas, aumentos de sueldo, liquidación de prestaciones sociales, el pago de las cuotas mensuales que dejó de pagar por los créditos adquiridos con la Cooperativa COOPSER, Banco Davivienda, Banco de occidente, Banco Falabella y las mensualidades de la pensión en el colegio los Ángeles de sus sobrinos y así mismo la suma de \$2.794.000 mcte., por concepto de impuesto predial unificado, reconocimiento que debe hacerse desde el día de su retiro y hasta aquel en que efectivamente se le reintegre al servicio, por lo que se entenderá que no ha habido solución de continuidad en el mismo. Así mismo solicita el reconocimiento de perjuicios morales por la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

- **Tesis argumentativa propuesta por la parte demandada CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA:**

Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que el Contralor Municipal de Tunja expidió el acto administrativo demandado con plena observancia de los requisitos legales y sin desconocer lo señalado en la Ley 1474 de 2011, por cuanto las Contralorías municipales, como entidades de control no están obligadas a designar al Asesor de Control Interno por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.

Manifiesta que el cargo que desempeñó la demandante como Asesor de Control Interno es un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto para estos empleos conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, el nominador en virtud a la facultad discrecional que le asiste "no requiere motivar el acto de insubsistencia", razón por la cual le corresponde a la parte actora no solo indicar la presunta ilegalidad que contiene el acto acusado sino que debe probar que con su retiro se desmejoró el servicio.

Sustenta que con la declaratoria de insubsistencia de la demandante "no se desmejoró el servicio", porque la persona que fue nombrada en su reemplazo tenía un mejor perfil y experiencia laboral y finalmente señala que frente a la causal de **falsa motivación**, conforme lo ha señalado la jurisprudencia del Consejo de Estado, esta se presenta cuando los hechos de la decisión no existieron o cuando no concuerda la realidad fáctica con la analizada por la administración y que los argumentos subjetivos que aduce la parte demandante no configuran dicha causal.



• **Tesis argumentativa propuesta por la parte demandada MUNICIPIO DE TUNJA:**

Señala que el Municipio de Tunja no tiene injerencia en lo deprecado por la accionante sin embargo en caso de interpretación diferente indica que se opone a las solicitudes declarativas y de condena elevadas como quiera que la entidad territorial no está legitimada para soportarlas, teniendo en cuenta que el acto administrativo objeto de demanda fue proferido por la Contraloría Municipal; que respeto de las normas violadas y el concepto de violación el Municipio de Tunja no vulneró ninguna disposición de orden constitucional y legal, ya que por el contrario se ha actuado conforme a la legislación nacional sobre la materia.

Señala que el cargo de Asesor de Control Interno de Gestión, por regla general es de libre nombramiento y remoción y por tanto es el nominador quien tiene la facultad discrecional de vincular y retirar del servicio a quien ocupe tal cargo aunado a que conforme con lo establecido en el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, las contralorías municipales como entidades de control, “no están obligadas a designar a este funcionario por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial.”.

Propone como excepciones propone las que denomina: “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA RESPECTO DEL MUNICIPIO DE TUNJA” la cual sustenta en que la declaratoria de insubsistencia fue proferida por el Contralor Municipal de Tunja, quien conforme a la ley es el funcionario competente para proferir esa clase de actos administrativos; “INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO” bajo la cual señala que la Contraloría Municipal como órgano de control, no tiene la obligación legal de dar aplicación a lo contemplado en la Ley 1474 de 2011, porque es clara la voluntad del legislador al establecer que son las entidades de la Rama Ejecutiva del Nivel Central y Territorial, las que deben aplicar el periodo de cuatro años para los Jefes de la Oficina Interna de Control; “COBRO DE LO NO DEBIDO” porque no le asiste razón a la demandante para reclamar derecho alguno en el sub lite.

• **Tesis argumentativa propuesta por el Despacho:**

El juzgado **denegará las pretensiones de la demanda**, con fundamento en que la demandante no logró probar los cargos de nulidad aducidos en contra del acto administrativo demandado Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012, mediante la cual el Contralor Municipal de Tunja, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de libre nombramiento y remoción que venía desempeñando como Asesora de Control Interno y en estas condiciones deberá mantenerse incólume la presunción de legalidad de la cual goza dicho acto.

Lo anterior, con fundamento principalmente en que el periodo fijo de cuatro años que establece el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, para designar al responsable del control interno en las entidades y organismos estatales, no se puede aplicar a las entidades u organismos del Estado que no pertenezcan a la rama ejecutiva del poder público como es el caso de las contralorías municipales, por expreso mandato del artículo 272 de la Constitución Política.

En consecuencia, en el sub lite contrario a lo señalado por la demandante el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca bajo los dos supuestos como de libre nombramiento y de libre remoción, porque el periodo fijo de cuatro años que establece en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, no resulta aplicable para la designación del cargo que desempeñó la demandante como Asesora de Control Interno de la Contraloría municipal de Tunja, atendiendo a que dicha norma reglamenta lo referente a los servidores públicos que se desempeñan en las oficinas de control interno de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, dentro de las cuales no se encuentran las contralorías municipales.

Adicionalmente, debe precisarse que de una simple lectura desprevénida de la Resolución No. 173 de 2011, por medio de la cual el Contralor Municipal de Tunja, nombra a la actora en el cargo de Asesora de Control Interno código 105 grado 01 (fl.21), se advierte sin ninguna duda que dicho nombramiento



fue de libre nombramiento y de libre remoción; donde la "y" que existe entre libre nombramiento y remoción es una conjunción copulativa¹⁵ que ratifica que dicho nombramiento es adicionalmente de libre remoción. En consecuencia se desvirtúan los argumentos que sustentan la causal de nulidad alegada de infracción de las normas en que debería fundarse el acto acusado.

De otra parte, frente al cargo de nulidad de falsa motivación, debe señalarse que como quiera que se encuentra acreditado que el cargo que desempeñó la demandante como Asesora de Control Interno era un cargo de libre nombramiento y remoción, dicha circunstancia conlleva a que el acto de insubsistencia no requiera de una motivación expresa. Sin embargo se presume que el acto está fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general, y por tanto le corresponde a quien demanda desvirtuar tal presunción. Ahora, en el caso concreto no se demostró que la desvinculación de la actora buscara otros fines diferentes a la mejora en la prestación del servicio, por el contrario se encuentra probado que la persona que asumió posteriormente las funciones que desempeñó la demandante en el cargo de Asesor de Control Interno, cumplía con los requisitos mínimos para ocupar el cargo.

Así las cosas, en el sub examine no se observa que con la expedición del acto acusado se haya incurrido en la causal de falsa motivación, por el contrario se encuentra acreditado que el nominador obró en ejercicio de la facultad discrecional de la cual se encuentra investido, y en donde la ley no le exige la motivación del acto de retiro y en consecuencia tampoco se encuentra acreditado dicho cargo de nulidad.

3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL:

Para resolver el problema jurídico planteado, el Despacho procederá, conforme a la siguiente motivación:

- 3.1 Naturaleza del cargo ocupado por la demandante.
- 3.2 De los empleos de libre nombramiento y remoción.
- 3.3 De la desvinculación en los cargos de libre nombramiento y remoción.

3.1. NATURALEZA DEL CARGO OCUPADO POR LA DEMANDANTE.

Por medio del Acuerdo Municipal No. 0025 del 05 de diciembre de 2011 (vigente para el momento en que fue proferido el acto administrativo demandado)¹⁶, proferido por el Concejo Municipal de Tunja, se suprimió y crearon los empleos en la Contraloría Municipal de Tunja, se adoptó su estructura y se estableció su planta de personal y escala salarial. Fue así que en virtud del artículo 9º, al establecer la

¹⁵ La conjunción y se suele utilizar para indicar adición, suma o coexistencia de varias entidades, características o acciones.

¹⁶ Por el cual se organiza la Contraloría Municipal de Tunja, se determinan las funciones por dependencias, se determina la planta de personal con código y grado, se fijan los principios generales inherentes a su organización y funcionamiento, se establece el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales de los empleados de la planta de personal y se dictan otras disposiciones" (fls.37-109).



estructura, se indicó que estaría conformada de la siguiente manera (fl.42):

“Artículo 9.- Estructura organizacional. La Contraloría de Tunja, tendrá una estructura organizacional de naturaleza plana y sencilla...”

1. Despacho del Contralor.
2. Auditoría Fiscal
3. Oficina de Control Interno
4. Oficina Administrativa
5. Oficina Jurídica

Así mismo, en el artículo 16 *ibídem* se señaló que para el cumplimiento de las funciones asignadas por la Constitución y la Ley, la Contraloría Municipal de Tunja tendría la siguiente planta de personal:

“(...)”

<i>NIVEL</i>	<i>DENOMINACIÓN</i>	<i>CODIGO</i>	<i>GRADO</i>
<i>Directivo</i>	<i>Contralor</i>	<i>010</i>	
<i>Asesor</i>	<i>Asesor Control Interno</i>	<i>105</i>	<i>01</i>
<i>Directivo</i>	<i>Auditor fiscal</i>	<i>006</i>	<i>01</i>
<i>Directivo</i>	<i>Jefe de Oficina Administrativa</i>	<i>035</i>	<i>01</i>
<i>Directivo</i>	<i>Jefe de Oficina Jurídica</i>	<i>035</i>	<i>02</i>
<i>Profesional</i>	<i>Tesorero General</i>	<i>201</i>	<i>01</i>
<i>Profesional</i>	<i>Profesional especializado</i>	<i>222</i>	<i>01</i>
<i>Técnico</i>	<i>Técnico Administrativo</i>	<i>367</i>	<i>05</i>
<i>Técnico</i>	<i>Técnico Administrativo</i>	<i>367</i>	<i>06</i>
<i>Asistencial</i>	<i>Secretaria Ejecutivo</i>	<i>425</i>	<i>02</i>
<i>Asistencial</i>	<i>Secretario</i>	<i>440</i>	<i>01</i>

“(...)”. (fl.45).

Ahora bien, la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”* estableció en su artículo 3º su campo de aplicación así:

“...ARTÍCULO 3º. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

“(...)”

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.*
- Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.*
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.*

“(...)”.



Por su parte, el artículo 5º *ibídem* clasificó los empleos como de carrera administrativa, con las siguientes excepciones:

“...En la Administración Central y órganos de control del Nivel Territorial:

*Secretario General; Secretario y Subsecretario de Despacho; Veedor Delegado, Veedor Municipal; Director y Subdirector de Departamento Administrativo; Director y Subdirector Ejecutivo de Asociación de Municipios; Director y Subdirector de Área Metropolitana; Subcontralor, Vicecontralor o Contralor Auxiliar; **Jefe de Control Interno o quien haga sus veces**; Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, de Planeación, de Prensa o de Comunicaciones; Alcalde Local, Corregidor y Personero Delegado. (...)*”. (Negrilla fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior el caso bajo estudio se analizará bajo los parámetros que cobijan al Jefe de Control Interno o quien haga sus veces como de **libre nombramiento y remoción**, aunado a que de la simple lectura gramatical de la parte considerativa de la **Resolución No. 173 de 2011**, por medio de la cual se nombró a la demandante MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL en el cargo de Asesora de Control Interno código 105 grado 01 (fl.21), se establece claramente que la naturaleza del cargo es de **libre nombramiento y remoción** y en esos términos fue nombrada; de hecho de acuerdo al acto administrativo demandado es evidente que era la encargada de la Oficina Asesora de Control Interno de la Contraloría Municipal de Tunja y por tanto conforme con la norma anteriormente citada, dicho cargo se encuentra excluido del sistema de carrera, precisamente porque dicho cargo comporta un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades.

3.2 DE LOS EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:

El Artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, establece que la regla general es que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y establece las excepciones a la regla en: los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Veamos:

“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 tanto, es desde la misma Carta Política, donde se plantean excepciones a la generalidad de la carrera administrativa, como los *empleos de libre nombramiento y remoción*, en los que se busca que los cargos de mayor trascendencia, esto es de dirección y manejo en una entidad, por la confianza que los mismos requieren con el nominador, puedan ser desempeñados por personas designadas por la mera liberalidad de este.

Sobre esta forma de vinculación al empleo público el Consejo de Estado, Sección Segunda con ponencia del Dr. Gerardo Arenas Monsalve¹⁷ ha sostenido que:

“La regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la administración requiere cierta libertad para seleccionar y retirar a sus empleados en atención a la trascendencia de las funciones que desempeñan y el grado de confianza que se exige para ello.

En estos casos, advierte la Sala ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones de conducción u orientación institucional, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que superar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos toda vez que, se repite, el factor determinante en la provisión de estos cargos es la confianza que se predica directamente del ejercicio de las funciones de dirección u orientación institucional.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, a juicio de la Sala es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 7 de julio de 2011. Expediente: 050012331000200601107 01 (0740-2010).



personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza (...)” (Resalta el Despacho).

Por su parte la Corte Constitucional en sentencia C-514 de 1994, MP. José Gregorio Hernández Galindo, sobre el particular indicó que:

“Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requieren cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata.”. (Negrilla del Despacho).

Jurisprudencias transcritas que permiten colegir, que los cargos de libre nombramiento y remoción, son ejercidos por personas que por su alto grado de confianza con el nominador lo acompañan en su gestión, pues son de aquellos cargos de dirección, confianza y manejo, en los que se desempeñan funciones al interior de la administración, en las que se adoptan decisiones de gran trascendencia para el cumplimiento de la misión institucional. Por tanto, frente a tales cargos, el nominador cuenta con alguna liberalidad para la vinculación y retiro de las personas designadas en este tipo de cargos.

3.2 DE LA DESVINCULACIÓN DE LOS CARGOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN:

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

“(…) ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

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

(…)

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

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y



remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado. (...)

Por tanto, así como la vinculación a dichos empleos implica cierta liberalidad por parte del nominador, la misma también se predica respecto de su retiro, el cual puede realizarse de forma discrecional, en tanto se presume que las decisiones que sobre el particular adopta el nominador, se hacen pensando en el buen servicio público.

Respecto a la forma de desvinculación de los empleados de libre nombramiento y remoción, el Consejo de Estado ha indicado que:

“El acto de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción es discrecional y debe ser adecuado a los fines de la norma que lo autoriza. Y si bien es cierto que tal potestad no es omnímoda, en forma tal que pueda llegar a convertirse en arbitrariedad, dicha facultad está amparada legalmente cuando se trata de una atribución cuya conveniencia y oportunidad, está enmarcada dentro de la racionalidad de la medida.

Cuando se ha otorgado a los nominadores la facultad discrecional para remover libremente a sus empleados, éstos gozan de un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines que se le han encomendado; por ello en el ejercicio de funciones públicas debe existir un entendimiento entre empleado y empleador; así cuando se rompe dicha armonía, por la inconformidad del funcionario respecto de la manera como entiende la salvaguarda de sus intereses, ya el buen servicio no puede cumplirse, pues no se da, como es obvio, la comunidad de fines e intereses.

Por ello, resulta razonable en aras del interés de la institución, al cual debe ceder el interés particular, que el nominador en ejercicio de su potestad discrecional pueda retirar del servicio a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo.”¹⁸ (Resalta el Despacho).

La permanencia o no en el cargo, va directamente ligada con el entendimiento y grado de confidencialidad que se dé con el nominador, a efectos de garantizar el cumplimiento de los fines e intereses de la entidad estatal. Sobre el particular, la misma Corporación en pronunciamiento de 31 de enero de 2008, indicó:

“En esas condiciones es de resaltar que la actora desempeñaba un cargo de confianza y manejo (Director Regional), que su vinculación se realizó bajo la modalidad de empleado de libre nombramiento y remoción, es decir que podía ser retirada del servicio sin motivar el acto de desvinculación.

Siendo el cargo que ocupaba la demandante de aquellos de confianza, dirección y manejo, la ley les ha dado el tratamiento especial de ser ejercidos sólo por aquellas personas llamadas por el nominador a acompañarlo en su gestión en razón del alto

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA. Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. Sentencia veintidós (22) de marzo de dos mil siete (2007).



grado de confiabilidad que en ellas debe depositar. En consecuencia, resulta razonable que en aras del interés institucional, el nominador -en ejercicio de su potestad discrecional- pueda retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo. Esa facultad discrecional para remover libremente a sus empleados otorgada a los nominadores implica un cierto margen de libertad, para decidir con qué funcionarios cumple mejor la administración los fines encomendados a la entidad a su cargo.

La situación laboral que regía a la demandante, no le otorgaba ningún fuero de estabilidad relativa, pues esta Corporación ha sostenido reiteradamente que cuando la administración decide declarar insubsistente a un servidor público de libre nombramiento y remoción, se presume que se realizó en procura del buen servicio público, conforme con la facultad discrecional del nominador para disponer de los cargos cuyos titulares no están amparados por algún fuero especial de inamovilidad.”¹⁹ (Negrilla del Despacho).

Así las cosas, el retiro del servicio de los empleados de libre nombramiento y remoción, obedecen a la facultad discrecional del nominador sin que para el ejercicio de esta facultad, deba mediar motivación alguna. No obstante, esta medida debe estar inspirada en razones de buen servicio, por lo que resulta procedente su expedición de forma inmotivada, sin procedimientos o condiciones, como lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁰.

Acto Administrativo que se encuentra amparado bajo la figura de la presunción de legalidad, en virtud del cual las autoridades en el ejercicio de sus funciones están sometidas a la Constitución, la Ley y los Reglamentos, y “opera en el quehacer de la administración pública imponiendo una determinada modalidad de obrar ajustada a las reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia”²¹.

El tratadista JAIRO VILLEGAS ARBELAEZ, en su obra “Insubsistencia Laboral Reglada, discrecional y arbitraria”²², señaló *contrariamente a lo que vulgar o abusivamente se cree, la potestad discrecional no es abstracta, ni absoluta, ni ilimitada, ni indefinida, ni extrajurídica, ni caprichosa. Tampoco es lo que en épocas tenebrosas se conoció como el juicio secreto o de verdad sabida y buena fe guardada. Preciso además, que la misma no se concibió para satisfacer caprichos individuales, pues es la forma de*

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SECCION SEGUNDA - SUBSECCION "B". Consejero Ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ. Sentencia de Treinta Y Uno (31) De Enero De Dos Mil Ocho (2008).

²⁰ Ver entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 1º de noviembre de 2007, Expediente No. 250002325000199902672 01 (4249-2004), Actora: Yolanda Teresa Gómez Fajardo, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante

²¹ DROMI, ROBERTO, Derecho Administrativo, 4ª edición, 1995, página 29.

²² VILLEGAS ARBELAEZ, Jairo. INSUBSISTENCIA LABORAL REGLADA, DISCRECIONAL Y ARBITRARIA. Editorial LEGIS. 2001, pág. 30



expresión de la arbitrariedad, mientras que el poder discrecional se ejerce sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado que:

“En un Estado de Derecho, la facultad de libre nombramiento y remoción no equivale a la arbitrariedad, pues el otorgamiento de facultades, por amplias que ellas sean para apreciar los hechos y tomar las decisiones más convenientes al bien común y concretamente al buen servicio, supone una subordinación de medio a fin; sin ésta el poder discrecional degeneraría en la arbitrariedad que es la total negación del Estado de Derecho”²³

4. CASO CONCRETO:

Descendiendo al caso bajo estudio observa el Despacho que la demandante pretende la nulidad de la **Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012**, proferida por el Contralor Municipal de Tunja, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante en el cargo de libre nombramiento y remoción como **Asesora de Control Interno** y como consecuencia de ello el reintegro al cargo que venía desempeñando y el reconocimiento de la indemnización solicitada por concepto de daños materiales y morales, porque considera que el acto administrativo demandado fue proferido con **infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación**.

Con **infracción de las normas en que debería fundarse** el acto acusado porque considera que si bien el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca como de libre nombramiento, no se configura el segundo aspecto de libre *remoción*, atendiendo a que el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, establece que el Jefe de la Oficina de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro años y en consecuencia la libre remoción se da después de cumplir el periodo que establece la ley, razón por la cual no podía el Contralor Municipal de Tunja, dentro de su facultad discrecional declarar insubsistente a la demandante cuando no había culminado su periodo que terminaba el 31 de diciembre de 2013. Adicionalmente, argumenta que se configura la causal de nulidad de **falsa motivación** porque el Contralor Municipal de Tunja motivó el acto administrativo acusado en normas que nada tienen que ver con las facultades y competencias del Contralor para declarar insubsistente a la demandante.

²³ CONSEJO DE ESTADO. Sección Segunda sentencia de 5 de mayo de 1972.



Por su parte, la apoderada de la entidad demandada **CONTRALORÍA MUNICIPAL DE TUNJA** se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda al considerar que el Contralor Municipal de Tunja, expidió el acto administrativo demandado con plena observancia de los requisitos legales y sin desconocer lo señalado en la Ley 1474 de 2011, por cuanto las Contralorías municipales, como entidades de control no están obligadas a designar al Asesor de Control Interno por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial. Así mismo señala que el cargo que desempeñó la actora es un cargo de libre nombramiento y remoción, y por tanto el nominador en virtud a la facultad discrecional que le asiste “no requiere motivar el acto de insubsistencia”. Finalmente señala que los argumentos subjetivos que aduce la parte demandante no configuran la causal de falsa motivación.

Así mismo, la apoderada del **MUNICIPIO DE TUNJA** sustenta que esta entidad no tiene injerencia en lo deprecado por la accionante sin embargo en caso de interpretación diferente indica que se opone a las pretensiones elevadas como quiera que la entidad territorial no está legitimada para soportarlas, teniendo en cuenta que el acto administrativo objeto de demanda fue proferido por la Contraloría Municipal; que el Municipio de Tunja no vulneró ninguna disposición de orden constitucional y legal, ya que por el contrario se ha actuado conforme a la legislación nacional sobre la materia. Así mismo indica que el cargo de Asesor de Control Interno de Gestión, es de libre nombramiento y remoción y por tanto es el nominador quien tiene la facultad discrecional de vincular y retirar del servicio a quien ocupe tal cargo, aunado a que conforme lo establece el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, las contralorías municipales como entidades de control, “no están obligadas a designar a este funcionario por un periodo fijo de cuatro años, porque su aplicabilidad corresponde a las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional y territorial”.

Al respecto, la documentación aportada al plenario permite evidenciar con mayor claridad la ocurrencia de los hechos relevantes que se encuentran debidamente demostrados:

- Que a través de la **Resolución No. 173 del 30 de diciembre de 2011**, el Contralor Municipal de Tunja, nombró a la señora **MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL**, para desempeñar el cargo de **libre nombramiento y remoción**



como **Asesora de Control Interno código 105 grado 01**²⁴.

- Que mediante la **Resolución No. 138 del 07 de noviembre de 2012**, el Contralor Municipal de Tunja, declaró insubsistente el nombramiento de la señora **MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL** como Asesora de Control Interno. Para el efecto dispuso lo siguiente²⁵:

*“(...) ARTÍCULO 1º.-Declárese insubsistente el nombramiento de la ingeniera **MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL**, identificada con cédula de ciudadanía No. 24.179.131 expedida en Toguí, quien ocupaba el cargo de Asesora de Control Interno Código 105, Grado 01 de la Contraloría Municipal de Tunja.*

*ARTICULO 2º.- la presente resolución rige a partir de su expedición.
(...)”.*

- Que mediante **Oficio No. O.A 1578 del 07 de noviembre de 2012**, el Contralor Municipal de Tunja, le comunica a la demandante el acto administrativo que declara insubsistente su nombramiento como Asesora de Control Interno, a partir de la fecha de la respectiva comunicación.²⁶

En este orden, procede el Despacho a establecer si como lo señala la parte actora el acto administrativo demandado Resolución No. 138 del 7 de noviembre del 2012, fue proferida con **infracción de las normas en que debería fundarse y falsa motivación**, para proceder a declarar su nulidad.

Al respecto, es importante señalar que la Constitución Política estableció en el **artículo 267**²⁷, que la Contraloría General de la República es una entidad de carácter

²⁴ Visible a folio 21 del expediente.

²⁵ Visible a folio 23 del expediente.

²⁶ Visible a folio 24 del expediente.

²⁷ *“(...) ARTÍCULO 267. El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.*

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal. No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

“(...)”.



técnico con **autonomía administrativa y presupuestal**. De igual forma, en el **artículo 272 ibídem** en cuanto a las **contralorías locales** señaló:

“Artículo 272.

(...)

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

(...)”.

Así mismo, la **Ley 42 de 1993**, que reglamento lo relacionado con la **“Organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen”**, señaló en cuanto a las **contralorías distritales y municipales** lo siguiente:

“Artículo 65°.- *Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley.*

Les corresponde a las asambleas departamentales y a los concejos distritales y municipales la organización y funcionamiento de las contralorías que haya creado la ley.

Artículo 66°.- *En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas.*

(...)” (Negrilla del Despacho).

Por otro lado la **Ley 1474 del 12 de julio de 2011**, **“Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”**, que modificó las competencias para designar al responsable del control interno en las entidades y organismos estatales, dispuso en el artículo 8° lo siguiente:

“(…) Artículo 8°. Designación de responsable del control interno. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 87 de 1993, que quedará así:

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

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



(...)” (Negrilla del Despacho).

Del anterior precepto normativo se puede concluir en primer lugar que la autoridad competente para designar al Jefe de la unidad u oficina de control interno, **en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional**, no es ya el representante legal de la entidad ni el máximo directivo del organismo respectivo, sino el Presidente de la República. En este orden, cuando se trate de entidades del orden territorial, el nombramiento estaría a cargo del Alcalde o Gobernador, según sea el caso.

Ahora, se hace necesario en el caso bajo estudio precisar cuáles son las entidades de la Rama ejecutiva para lo cual debe señalarse que el **artículo 38 de la Ley 489 de 1998** estableció las entidades que pertenecen a ésta:

“(...) **Artículo 38. Integración de la Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional.** La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades:

1. Del Sector Central:

- a) La Presidencia de la República;
- b) La Vicepresidencia de la República;
- c) Los Consejos Superiores de la administración;
- d) Los ministerios y departamentos administrativos;
- e) Las superintendencias y unidades administrativas especiales sin personería jurídica.

2. Del Sector descentralizado por servicios:

- a) Los establecimientos públicos;
 - b) Las empresas industriales y comerciales del Estado;
 - c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica;
 - d) Las empresas sociales del Estado y las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios;
 - e) Los institutos científicos y tecnológicos;
 - f) Las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta;
 - g) Las demás entidades administrativas nacionales con personería jurídica que cree, organice o autorice la ley para que formen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.
- (...)”.

Adicionalmente el **artículo 39 ibídem** se estableció que las gobernaciones, alcaldías, secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la administración en el correspondiente nivel territorial.

Con fundamento en el anterior análisis normativo es dable concluir no solamente que las **Contralorías municipales gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual**, conforme a lo establecido por el artículo 272 de la



Constitución Política y el artículo 66 de la ley 42 de 1993, **sino que dichas entidades no hacen parte de la rama ejecutiva**, pues si bien se considera que las ramas del poder público son tres, a saber, ejecutiva, legislativa y judicial, junto a ellas se ha estructurado otros organismos separados de las mismas, pero que hacen parte de la estructura del Estado²⁸.

Al respecto, en **Sentencia C-365 de 2001**, la Corte Constitucional ha sostenido que las Contralorías Municipales no hacen parte de la Rama Ejecutiva, ni se encuentran supeditadas a ésta, en los siguientes términos:

“(…)

La Constitución Política no involucra a las contralorías municipales dentro del concepto de administración local, y mal haría en hacerlo, toda vez que son organismos que dentro del ámbito de su jurisdicción están llamados a ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración municipal, en forma posterior y selectiva, de acuerdo con lo estipulado en la regla 272 de la Carta Política, que para estos efectos les reconoce las mismas funciones y características de la Contraloría General de la República, ente las cuales se destaca su carácter técnico y su autonomía administrativa y presupuestal, sin que en ningún momento puedan ejercer funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, según las voces del artículo 268 Superior.

La independencia funcional y orgánica de estos entes de control local con respecto a la denominada administración municipal, se halla garantizada por la forma en que debe ser determinada su estructura administrativa, como quiera que la norma superior en comento dispone que compete a las asambleas y concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías, como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

(…)” (Negrilla del Despacho).

Ahora, sustenta la parte demandante que el acto administrativo demandado mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de **Asesora de Control Interno** fue proferido con **infracción de las normas en que debería fundarse** porque trasgrede el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, que establece que el Jefe de la Oficina de Control Interno será designado por un periodo fijo de cuatro años en la mitad del respectivo período del Alcalde o Gobernador y que para el caso bajo estudio cuando fue declarada insubsistente (7 de noviembre del año 2012) no había transcurrido aun la mitad del periodo de la administración de Tunja

²⁸ Al hablar de órganos autónomos e independientes de la Nación, debemos hacer referencia al Ministerio Público, constituido por la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, incluidos dentro de los órganos de control y fiscalización, y que junto con la Contraloría General de la República han sido catalogados como los organismos de control del Estado. Junto a ellos se clasifica la Organización Nacional Electoral, integrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Consejo Nacional Electoral.



Al respecto, debe señalarse que el periodo fijo de cuatro años que establece el artículo 8° de la Ley 1474 de 2011, para designar al responsable del control interno en las entidades y organismos estatales, el cual alega en su defensa la demandante, **no se puede aplicar a las entidades u organismos del Estado que no pertenezcan a la rama ejecutiva del poder público como es el caso de las contralorías municipales, por expreso mandato del artículo 272 de la Constitución Política.**

En este mismo sentido se pronunció la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del **veintiséis (26) de enero de 2017**, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en la que al analizar un caso de similares contornos concluyó lo siguiente:

“En ese sentido, la regla establecida en los artículos 8 y 9 de la Ley 1474 de 2011, la cual alega en su defensa el señor Fernando Reyes Moscoso, no se puede aplicar a las entidades u organismos del Estado que no pertenezcan a la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, ni a las entidades territoriales o los órganos constitucionales autónomos e independientes, como tampoco a las entidades dotadas de un régimen de autonomía por la Constitución Política. Ello se desprende no solo de lo expresamente estipulado en la Ley 1474 de 2011, sino de los principios constitucionales que consagran la separación de los poderes públicos y la autonomía constitucionalmente atribuida a determinadas entidades del Estado, como es el caso de las contralorías departamentales, distritales y municipales, por expreso mandato del artículo 272 de la Constitución Política.
(...)

En otras palabras, no le asiste razón al demandante cuando señala que la autoridad competente para declarar la insubsistencia de su nombramiento le correspondía al Alcalde Municipal y no el representante legal del ente de control en donde laboraba, como quiera que la norma cuya aplicación se reclama (Ley 1474 de 2011) no puede tener efectos en el caso en concreto, en la medida en que la misma regula lo atinente a los servidores públicos que se desempeñan en las oficinas de control interno de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, dentro de las cuales no se encuentran las contralorías.” (Negrilla del Despacho).

Por tanto, atendiendo el anterior precedente jurisprudencial que resulta aplicable para el caso bajo estudio, concluye el Despacho que contrario a lo señalado por la demandante el cargo de Asesor de Control Interno se enmarca bajo los dos supuestos como de libre nombramiento y **de libre remoción**, porque el periodo fijo de cuatro años que establece en el artículo 8 de la Ley 1474 de 2011, no resulta aplicable para la designación del cargo que desempeñó la demandante como **Asesora de Control Interno de la Contraloría municipal de Tunja**, atendiendo a que dicha norma reglamenta lo referente a los servidores públicos que se desempeñan en las oficinas de control interno de las entidades pertenecientes a la rama ejecutiva,



dentro de las cuales no se encuentran las contralorías municipales.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que desde una simple lectura desprevenida de la **Resolución No. 173 de 2011**, por medio de la cual el Contralor Municipal de Tunja, nombra a la actora en el cargo de Asesora de Control Interno código 105 grado 01 (fl.21), se advierte sin ninguna duda que dicho nombramiento **fue de libre nombramiento y de libre remoción**, donde la “y” que existe entre libre nombramiento y remoción es una *conjunción copulativa*²⁹ que ratifica que dicho nombramiento **es adicionalmente de libre remoción**.

Además de los argumentos expuestos en precedencia cabe señalar que en el preámbulo de la Resolución No. 173 de 2011, no aparece como sustento normativo del nombramiento realizado a la demandante la Ley 1474 de 2011, que invoca para acceder a las suplicas de la demanda, y por tanto no cabe la menor sombra de duda que desde la expedición de dicha resolución la actora tenía pleno conocimiento de la naturaleza del cargo para el cual había sido nombrada.

En consecuencia es claro que el acto administrativo demandado mantiene su presunción de legalidad como quiera que **no se acredita la causal de nulidad alegada de infracción de las normas en que debería fundarse**.

De otra parte, sustenta la demandante que el acto administrativo acusado fue proferido con **falsa motivación** porque el Contralor Municipal de Tunja motivó el acto administrativo acusado en normas que nada tienen que ver con las facultades y competencias del Contralor para declarar insubsistente a la demandante.

Al respecto, debe precisarse que la necesidad de motivación de los actos administrativos admite excepciones, una de las cuales es, justamente, la de los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, excepción que encuentra su soporte en normas superiores. La propia Carta admite la existencia de cargos que no son de carrera administrativa, respecto de los cuales el nominador puede nombrar y remover libremente a quienes han de ocuparlos³⁰.

²⁹ La conjunción y se suele utilizar para indicar adición, suma o coexistencia de varias entidades, características o acciones.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-734 de 2000, MAGISTRADO PONENTE: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.



Ahora, como quiera que el caso bajo estudio se encuentra acreditado que el cargo que desempeñó la señora MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL como Asesora de Control Interno era **un cargo de libre nombramiento y remoción**, dicha circunstancia conlleva a que el acto de insubsistencia no necesite de una motivación expresa, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza. Sin embargo se presume que el acto está fundamentado en el mejoramiento del servicio y el interés general.

En otras palabras, cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, como el desempeñado por la demandante, la administración no tiene el deber de motivar el acto administrativo por medio del cual se declara una insubsistencia. Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, se pronunció en sentencia del 4 de noviembre de 2015, donde fue ponente el Consejero doctor William Hernández Gómez, en la que se señaló:

“La Corte Constitucional³¹ y el Consejo de Estado³² han sostenido que los empleados que ocupen cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser retirados del cargo mediante la declaratoria de insubsistencia, sin necesidad de que el acto administrativo esté motivado, toda vez que se trata de posiciones de confianza y manejo.

No obstante, y como lo han señalado las referidas Corporaciones ello no implica que la decisión no deba estar fundada en razones del mejoramiento del servicio. En esa medida no se trata de una potestad absoluta que permita separar del cargo a funcionarios por razones arbitrarias o caprichosas [...]”. (Resaltado del por la Despacho).

Por tanto, la atribución discrecional de desvincular del servicio no es absoluta, pues debe estar fundamentada en el mejoramiento del servicio público y el interés general. Sin embargo, en principio, la decisión goza de presunción de legalidad y de haber sido adoptada en aras del buen servicio, le corresponde a quien demanda el acto desvirtuar tal presunción.

Ahora, en el caso concreto no se demostró que la desvinculación de la demandante buscara otros fines diferentes a la mejora en la prestación del servicio, por el contrario se encuentra acreditado que la persona que asumió posteriormente las funciones que desempeñó la demandante en el cargo de Asesor de Control Interno, cumplía con los requisitos mínimos para ocupar el cargo.

³¹ Corte Constitucional. Ver entre otras sentencias: T-494 de 2010 y T-686 de 2014.

³² Consejo de Estado. Ver entre otras sentencias: Radicados 4464-04, 1260-12 y 1928-13.



Cabe precisar que si bien es cierto la declaratoria de insubsistencia de un cargo puede llegar a generar inestabilidad laboral, también lo es que la estabilidad no es un atributo propio de los empleos de libre nombramiento y remoción en tanto si de los vínculos laborales de carrera.

Debe recordarse como bien lo sabe la demandante que su nombramiento fue ordinario, vale decir, que obedeció a una designación discrecional previo cumplimiento de requisitos reglados de experiencia, academia e idoneidad, pero que sobre el mismo podía, conforme a la facultad a discrecionalidad conferida al nominador, retirarla del cargo toda vez que es una causal legal prevista para tal fin, como ya se señaló, decisión que se debe plasmar en un acto administrativo que se presume legal pero que es desvirtuable, dado que no puede ser un acto arbitrario ni desproporcionado a sus propósitos. En este caso, se insiste, no hubo ninguna prueba directa o indirecta que evidenciara que existieron fines diversos a los que se presume con la expedición del acto de insubsistencia.

Por tanto, en el caso concreto no se observa que con la expedición del acto acusado se haya incurrido en la causal de falsa motivación alegada, bajo el entendido que el nominador obró en ejercicio de la facultad discrecional de la cual se encuentra investido, y en donde la ley no le exige la motivación del acto de retiro y en consecuencia **tampoco se encuentra acreditado el cargo de falsa motivación.**

Con fundamento en lo anteriormente expuesto, el Despacho concluye que para el caso bajo estudio no se encuentra acreditada la configuración de los cargos de nulidad aducidos en contra del acto administrativo demandado, y en estas condiciones deberá mantenerse incólume la presunción de legalidad de la cual goza dicho acto, lo cual impone denegar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, obra a folio 694 memorial poder conferido por la señora **MAGDA YOLIMA SANCHEZ VALCARCEL**, quien actúa como demandante dentro del proceso de la referencia a la abogada **NANCY LILIANA SISSA MUÑOZ**, el cual por reunir los requisitos del art. 74 del C.G.P, se procederá a reconocerá personería.



• **COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO:**

Atendiendo lo contemplado en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P, el Despacho impone condenar en costas a la parte vencida, esto es la parte demandante señora MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL, y acogiendo la reciente sentencia del Consejo de Estado de fecha 7 de abril de 2016, NI 1291-2014, Sección 2 subsección A. Dr. WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, que señala el criterio objetivo de valoración para la condena en costas.

De acuerdo a lo anterior, la condena se liquidará por la Secretaría de éste Despacho y seguirá el trámite contemplado en el artículo 366 y ss del C.G.P.

Tomando en consideración el artículo en comento, el juzgado fija las agencias en derecho que se hayan causado dentro del presente asunto, de conformidad al Acuerdo No. PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, de fecha 5 de agosto de 2016, acto administrativo que en su artículo 5º, numeral 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL, fija como tarifa por la cuantía, cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, de menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. En ese sentido, se fija como agencias en derecho el 4% de la estimación de la cuantía señalada por el Tribunal Administrativo de Boyacá en auto del 25 de julio de 2013 que fue de \$27.596.430,90 (fls.126-128 vto.) y en atención a la duración del proceso, la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada, y que corresponde a la suma de UN MILLÓN CIENTO TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.103.857), suma que se deberá cancelar la demandante a favor del MUNICIPIO DE TUNJA y la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA, en un porcentaje correspondiente al 50% para cada Entidad.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formuladas por la señora **MAGDA YOLIMA SÁNCHEZ VALCARCEL**, contra el **MUNICIPIO DE TUNJA** y la



CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Condenar en costas a la **parte demandante**. Por secretaría efectúese la respectiva liquidación.

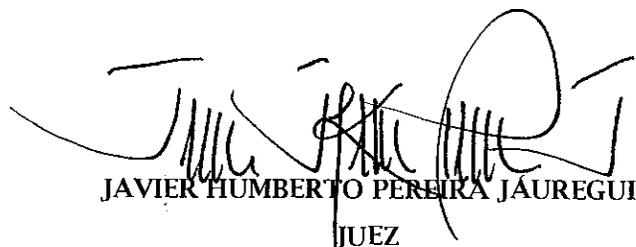
TERCERO: FIJAR como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN CIENTO TRES MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$1.103.857) suma que se deberá cancelar la demandante a favor del MUNICIPIO DE TUNJA y la CONTRALORIA MUNICIPAL DE TUNJA, **en un porcentaje correspondiente al 50% para cada Entidad**.

CUARTO: Notificar esta providencia en los términos del artículo 203 del CPACA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 295 del Código General del Proceso.

QUINTO: RECONOCER personería a la abogada **NANCY LILIANA SISSA MUÑOZ**, como apoderada de la **parte demandante** en los términos del poder conferido obrante a folio 694 del expediente.

SEXTO: Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado. Realícese las constancias de rigor en el sistema de información judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JAVIER HUMBERTO PEREIRA JAUREGUI
JUEZ

JUZGADO CATORCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA	
El fallo anterior se notificó por Estado N° _____ de HOY	
03 JUL 2016	siendo las 8:00 A.M.
----- SECRETARIA	