



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers
Demandado: Contraloría General de la República

Temas: Insubsistencia

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020), por el Tribunal Administrativo del Magdalena, Despacho 01, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers formuló demanda, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución N.º 81117-000-02954 de 8 de septiembre de 2017, emitida por el contralor general de la República, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como gerente departamental, Nivel Departamental, Grado 01 de la Gerencia Departamental Colegiada de Magdalena.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, solicitó i) ordenar a la entidad demandada que disponga su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; ii) condenar a la entidad



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

demandada a reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales que dejó de devengar desde cuando fue desvinculado hasta cuando sea efectivamente reintegrado, así como los perjuicios morales a los que se vio sometido; iii) ordenar la actualización de las sumas que resulten de la condena, de conformidad con lo previsto en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y iv) ordenar el pago de los intereses moratorios, en atención a lo consagrado en el artículo 192 *ibidem*.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, la apoderada del demandante señaló los siguientes:

- i) El 22 de junio de 2015, mediante la Resolución N.º 1982, expedida por el contralor general de la República, el señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers fue nombrado en el cargo de gerente departamental, dependencia 10471, Despacho del gerente Departamental del Magdalena, Código 101535, Grado 01.
- ii) Durante su vinculación en dicha entidad, su desempeño fue excelente, pues, no recibió llamados de atención, anotaciones en su hoja de vida y tampoco se le iniciaron investigaciones disciplinarias en su contra.
- iii) No obstante, el 8 de septiembre de 2017, a través de Resolución N.º 81117-999-02954, el contralor general de la República declaró insubsistente su nombramiento en el empleo antes referido.
- iv) Lo anterior obedeció a que el 29 de agosto de 2017, mediante Auto N. 299, emitido por el señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers y Alberto Mario Marín Perea, procurador provincial, se dispuso el archivo de la indagación preliminar, con radicado N.º ANT_IP-2017-00606, dentro de proceso de responsabilidad fiscal que se estaba adelantando, por no encontrar mérito para continuar con aquella.
- v) Una vez ello sucedió, el contralor delegado de Infraestructura se comunicó, telefónicamente, con el señor Cabas Rodgers para informarle que estaba en total desacuerdo con dicha decisión y que eso tendría represalias.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

Como tales, se señalaron los artículos 2, 4, y 6 de la Constitución Política; 41, literal a) de la Ley 909 de 2004; y, 10 de la Ley 1437 de 2011; y los Decretos 268 de 2000 y 1083 de 2015.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del demandante expuso los siguientes argumentos:

i) Los actos administrativos censurados fueron expedidos con desviación de poder, en la medida que la facultad discrecional no fue utilizada con el fin de mejorar el servicio, pues no se tuvo en cuenta que cumplía los requisitos, era idóneo para el cargo y su desempeño fue excelente.

ii) Aunado a ello, su desvinculación fue producto de una retaliación en su contra por el hecho de haber cerrado una indagación preliminar, por cuanto, primero, tan pronto sucedió, el contralor delegado de Infraestructura se comunicó con el señor Cabas Rodgers y le advirtió que dicha decisión generaría una consecuencia; segundo, el mismo día en que su nombramiento se declaró insubsistente, la contralora delegada para Investigaciones de la Contraloría General de la República dispuso la supervisión de la indagación preliminar con radicado N.º ANT_IP-2017-00606; y, tercero, se desvinculó de la entidad a los dos funcionarios que emitieron la decisión antes cuestionada.

iii) Su retiro le ocasionó unos perjuicios materiales y morales al señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers y a su familia, por cuanto ésta dependía económicamente de él.

1.2. Contestación de la demanda

La Contraloría General de la República, por intermedio de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las razones que se expresan a continuación:¹

i) En atención a la facultad discrecional y a la naturaleza del cargo desempeñado por el demandante, esto es, de libre nombramiento y remoción, el nominador de la

¹ Folios 127 a 150.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

entidad se encuentra autorizado para nombrar en dichos empleos, personas de su entera confianza y manejo.

ii) No se configuró una desviación de poder, en la medida en que no se acreditó la existencia de una retaliación o persecución en contra de la parte actora, así como tampoco problemas de índole personal, que hubieran instigado a su retiro de la Contraloría General de la República.

iii) Su buen servicio y experiencia profesional no hacían que fuera inamovible, teniendo en cuenta, como se mencionó, que desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción y que en cualquier momento su nombramiento podía ser declarado insubsistente, como en efecto ocurrió.

iv) De conformidad con lo establecido en el Decreto 1950 de 1973, el acto administrativo a través del cual se declara insubsistente un nombramiento no debe motivarse, razón por la cual, contrario a lo afirmado en el escrito de la demanda, no se incurrió en falsa motivación.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Magdalena, Despacho 01, mediante sentencia proferida el 20 de mayo de 2020, denegó las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, se pronunció en los siguientes términos:²

i) De conformidad con las pruebas obrantes dentro del expediente, se observa que el nombramiento del señor Cabas Rodgers en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 en el Despacho del Gerente Departamental de Magdalena, fue de carácter ordinario, es decir, que dicho empleo tenía la naturaleza de libre nombramiento y remoción.

ii) En consideración a lo anterior, su retiro se realizó con fundamento en el ejercicio de la facultad discrecional que permite que los empleados en dichos cargos puedan ser desvinculados, por razones del servicio, lo que quiere decir que no se genera ningún tipo de estabilidad y que los actos administrativos proferidos en estas

² Folios 441 a 460.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

condiciones, gozan de presunción de legalidad, a menos que se demuestre lo contrario, circunstancia que no ocurrió en este asunto.

iii) De conformidad con las pruebas obrantes dentro del expediente, no es posible inferir que existió una desviación de poder por parte del nominador, de tal suerte que, la facultad discrecional ejercida para la declaratoria de insubsistencia del actor fue adecuadamente utilizada.

iv) Demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quién profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma, sin embargo, ELLO no se logró acreditar en este caso, dado que de los testimonios se colige que el señor Cabas Rodgers no tuvo ninguna presión respecto de la decisión que debía optar en torno a la indagación preliminar ya referida, pues se alegó que todo el trámite se hizo con sujeción a derecho, bajo los términos legales y no se evidencia una desmejora en el servicio.

v) Además, aún cuando el recurrente alega que el demandante tenía un desempeño excelente al interior de la entidad, ello no es determinante para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social, por tanto, la buena conducta y la excelencia del actor en el ejercicio de su cargo no presupone su estabilidad.

1.4. El recurso de apelación

El señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación³ y lo sustentó así:

i) El tribunal de primera instancia no realizó un juicio análisis del material probatorio obrante dentro del expediente, con el que se da cuenta que la entidad demandada incurrió en desviación de poder al expedir el acto administrativo ahora acusado y

³ Folios 488 a 500.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

que la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento obedeció a una retaliación en su contra.

ii) Al respecto, no se tuvieron en cuenta las declaraciones de los testimonios que refieren que el motivo de dicha decisión, fue el archivo y el cierre de indagación preliminar que el actor emitió en su momento.

iii) Lo cual se corrobora, primero, con las fechas en que sucedieron los hechos, pues, por un lado, la decisión de cierre de indagación se produjo el 25 de agosto de 2017 y la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, fue el 8 de septiembre del mismo año; segundo, con la desvinculación de 2 de los 3 miembros que integraban el cuerpo colegiado departamental que emitieron la referida decisión, esto es, Carlos Eduardo Cabas Rodgers y Alberto Mario Marín Perea; tercero, con la continuidad de la vinculación del señor José Antonio Lafaurie Alberricci, en su calidad de contralor provincial, quien fue la persona que no participó en la decisión anterior; cuarto, con la supervisión que se ordenó ejercer en la investigación en la que se emitió el auto de cierre de indagación; y, quinto, con el inicio de un proceso disciplinario en contra del actor.

iv) Tampoco se tuvo en cuenta la llamada telefónica que recibió el señor Cabas Rodgers por parte del contralor delegado de Infraestructura, el señor Julián Polanía, al día siguiente de emitirse el auto referido, en la cual le advirtió al demandante que su decisión tendría consecuencias.

v) La facultad discrecional a la que hace referencia el tribunal, no fue ejercida bajo los parámetros legales, ya que su desvinculación produjo un desmejoramiento del servicio, como lo afirman los testigos, en la medida en que el funcionario que lo reemplazó tenía poca experiencia en temas de responsabilidad fiscal y se omitió analizar el buen desempeño del actor, su idoneidad y honestidad.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.5.1. La demandante

Pese a que el Despacho corrió traslado para alegar de conclusión, la parte interesada no expuso argumento alguno.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

1.5.2. La demandada

La entidad demandada insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

1.6. El Ministerio Público

La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto en el que solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por las razones que a continuación se indican:⁴

i) Las declaraciones rendidas en este proceso narraron imprecisiones personales indirectas sobre los hechos, pues si bien se encontraban en compañía del afectado o se escuchaban comentarios sobre el tema, en ningún caso los declarantes dijeron conocer directamente los hechos que llevaron al nominador a tomar la determinación de declarar la insubsistencia del nombramiento del actor.

ii) Ahora, que el contralor provincial que se declaró impedido se hubiera mantenido en el servicio, no necesariamente es un indicio de desviación de poder, toda vez que dicha determinación pudo obedecer a mantener la continuidad en el funcionamiento de la institución local.

iii) En relación con la supuesta llamada telefónica al actor por parte del contralor delegado de infraestructura, no existe una prueba contundente que acredite cuál fue el contenido de dicha comunicación.

iv) No se probó que la facultad discrecional fuera usada indebidamente por el nominador, por cuanto el reabrir la indagación e investigar a quienes participaron en el archivo, esto es, entre ellos, al actor, no implica la configuración de una desviación de poder sino una preocupación legítima por restablecer la orientación en el ejercicio del control fiscal más allá de toda duda razonable y en recuperación de la imagen institucional hacia los asociados.

⁴ Índice 29 de Samai.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

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

2.2. Marco normativo

2.2.1. De la declaratoria de insubsistencia de los empleos de libre nombramiento y remoción.

El artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

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

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

(...)

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

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

Artículo 1.º. Objeto de la ley.

(...)

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

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



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

Y el artículo 5.º *ibidem*, preceptúa:

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

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

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

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

En la Administración Central del Nivel Nacional:

Ministro; Director de Departamento Administrativo; Viceministro; Subdirector de Departamento Administrativo; Consejero Comercial; Contador General de la Nación; Subcontador General de la Nación; Superintendente, Superintendente Delegado e Intendente; Director y Subdirector de Unidad Administrativa Especial; Secretario General y Subsecretario General; Director de Superintendencia; Director de Academia Diplomática; Director de Protocolo; Agregado Comercial; Director Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo; Subdirector Administrativo, Financiero, Administrativo y Financiero, Técnico u Operativo, Director de Gestión; (...); Jefe de Oficina, Jefes de Oficinas Asesoras de Jurídica, Planeación, Prensa o de Comunicaciones; Negociador Internacional; Interventor de Petróleos, y Capitán de Puerto.

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

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



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

Sobre este particular, vale la pena señalar, que al nominador le está permitido respecto de estos empleos 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, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y párrafo 2.º, 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.

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad⁵.

En armonía con el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha

⁵ Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente Número 250002325000201000254-01, No. interno: 1847-2012. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, ha identificado⁶ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

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

Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968,⁷ establece:

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

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

7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta,

⁶ Sentencia T-372 de 2012.

⁷ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.
(...)

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez efectuado el análisis armónico de las anteriores normas y según lo expresado por el máximo tribunal constitucional, es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción es la facultad discrecional del nominador que se ejercita



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público.

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

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

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

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

Vicecontralor

Contralor Delegado

Secretario Privado

Gerente

Gerente Departamental

Director

Director de Oficina

Asesor de Despacho

Tesorero



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

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

En todo caso son cargos de libre nombramiento y remoción:

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

2.3. Hechos probados

De conformidad con las pruebas que obran en el expediente, se puede establecer lo siguiente:

2.3.1. En relación con la vinculación laboral del demandante

El 22 de junio de 2015, mediante Resolución N.º ORD-81117-0001982-2015, el contralor general de la República resolvió nombrar, con carácter ordinario, al señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers, en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 en la Gerencia Departamental Colegiada de Magdalena.⁸ Cargo del cual se posesionó, el 1.º de julio de 2015.⁹

Con base en el manual de funciones establecido en la Resolución N.º 216 de 11 de marzo de 2013, las funciones que desempeñó el señor Cabas Rodgers como gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 en la Gerencia Departamental Colegiada de Magdalena, fueron las siguientes:¹⁰

1. Dirigir el desarrollo del plan integral de auditoría en todas sus fases para contribuir al logro de los objetivos institucionales.
2. Dirigir el desarrollo del control fiscal participativo en la gerencia departamental para lograr la participación de la ciudadanía en el ejercicio del control fiscal.

⁸ Folio 337 del cuaderno principal.

⁹ Folio 22 de pruebas obrantes en CD, Folio 182.

¹⁰ Folios 19 y 20 del cuaderno de antecedentes administrativos.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

3. Dirigir el desarrollo de los procesos administrativos sancionatorios, para determinar el grado de responsabilidad del gestor fiscal.
4. Representar al señor contralor general de la república Y a los contralores delegados a nivel departamental para contribuir a los resultados de la vigilancia fiscal.
5. Dirigir la elaboración de informes de competencia de la gerencia departamental para el cumplimiento de los requerimientos internos y externos.
6. Administrar el talento humano de la gerencia departamental para garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes de los servidores públicos, facilitar el desarrollo de las políticas de personal y fortalecer el clima laboral.
7. Gestionar los recursos físicos, financieros, informáticos y documentales necesarios para contribuir al desarrollo de los procesos de la gerencia departamental.
8. Dirigir la implementación de planes, programas y proyectos transversales que demande la entidad y la ley para contribuir al mejoramiento institucional.
9. Realizar las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo.

De conformidad con la constancia de servicios expedida por la Dirección de Gestión de Talento Humano de la Contraloría General de la República, el señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers ocupó el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 en la Gerencia Departamental Colegiada de Magdalena, desde el 1.º de julio de 2015 hasta el 10 de septiembre de 2017.¹¹

2.3.2. En relación con el acto administrativo acusado

El 8 de septiembre de 2017, a través de Resolución N.º ORD-81117-0002954-2017, el contralor general de la República declaró insubsistente el nombramiento ordinario del señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers en el cargo de gerente departamental, Nivel Departamental, Grado 01 de la Gerencia Departamental Colegiada del Magdalena.¹² En la misma fecha, el actor fue notificado, personalmente, de la decisión.¹³

2.3.3. Pruebas allegadas durante la actuación judicial

- Informe de auditoría AT N.º 284-2015 sobre recursos del sistema general de regalías en el departamento del Magdalena de la vigencia 2012, bienio 2013-2014, de noviembre de 2015, en el cual la Contraloría General de la República dirigió carta de conclusiones al entonces gobernador del departamento del Magdalena, Luis Miguel Cotes, en el cual se establecieron dos hallazgos administrativos: 2 con posible alcance disciplinario los cuales serían trasladados a las autoridades

¹¹ Folios 21 y 22 del cuaderno principal.

¹² Folio 17 del cuaderno principal.

¹³ Folio 18 del cuaderno principal.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

competentes y uno como indagación preliminar por valor de \$16.762.878.400, documento que fue signado por el contralor delegado intersectorial-coordinador grupo micro de la CGR para regalías y por el contralor delegado intersectorial – ejecutivo de auditoría.¹⁴

- Auto N.º 299 de 25 de agosto de 2017, proferido por Carlos Eduardo Cabas Rodgers, como gerente departamental y Alberto Mario Marín Perea, como contralor provincial, a través del cual se resolvió cerrar indagación preliminar N.º ANT_IP-2017-006060, dentro del proceso de responsabilidad fiscal, adelantado por el presunto manejo irregular de los recursos públicos en el departamento del Magdalena e Invias, por no existir daño al patrimonio del Estado.¹⁵

- Oficio N.º 2017IE0072316 de 8 de septiembre de 2017, emitido por la contralora delegada para investigaciones, mediante el cual le solicitó al señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers, en su condición de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 en la Gerencia Departamental Colegiada de Magdalena, remitir copias del hallazgo número 6, derivado de la auditoría realizada por la Contraloría Delegada Para el Sector de Infraestructura a los Recursos del Sistema General de Regalías, vigencia 2013-2016, practicada al Instituto Nacional de Vías - Invías, con todos los soportes y pruebas que lo sustentan; y, de todas las actuaciones realizadas por la gerencia departamental colegiada frente a dicho hallazgo, incluyendo todas las pruebas y diligencias que se surtieron dentro de la indagación previa ANT_IP-2017-00606.¹⁶

- Oficio de 12 de septiembre de 2017, suscrito por funcionarios de la gerencia departamental colegiada del Magdalena de la Contraloría General de la República, dentro del cual se sostuvo:¹⁷

(...) levantamos la voz para afirmar y convalidar una vez más la excelente gestión administrativa y procesal de nuestro exgerente departamental colegiado, doctor Carlos Eduardo Cabas Rodgers y el contralor provincial, doctor Alberto Mario Marín Perea, quienes no sólo se destacaron en su paso por esta gerencia por su carisma, sino también por sus buenas gestiones profesionalismo, compromiso y responsabilidad al frente de las labores misionales.

Se afirma hoy en la prensa local... Que la salida de los directivos se debe a un hallazgo relacionado con el contrato “vía la prosperidad” acontece que sin mayor

¹⁴ Folios 32 a 80 del cuaderno principal.

¹⁵ Folios 380 a 387 del cuaderno principal.

¹⁶ Folio 81 del cuaderno principal.

¹⁷ Folios 23 a 27 del cuaderno principal.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

análisis, se hace eco de una información sesgada y nada ajustada la realidad, por encima de una debida lectura y decisión jurídica. Los hechos tienen origen en una auditoría y hecha por la delegada de infraestructura al envías, específicamente a la llamada “vía a la prosperidad” la cual arrojó como resultado un hallazgo por un presunto daño de 35,000 millones de pesos, que corresponde y he aquí el aspecto desconocido, a un solo ítem “transporte de materiales provenientes de la excavación de explanación, canales y préstamos para distancias mayores de 1000 metros”. Situación que no fue lo suficientemente contundente en el hallazgo para dar apertura a un proceso de responsabilidad fiscal, y que en su trámite corresponde como preliminar tampoco arrojó resultados concretos, siquiera indiciario es que permitieran dilucidar un daño patrimonial al Estado, lo que conllevó al cierre y archivo de la misma, aspectos verificables en el expediente. Esto, creemos, indujo una decisión que lesiona el buen nombre de nuestros directivos y nuestra gerencia, logrado con principios éticos, constitucionales y jurídicos.

- Documento de 10 de octubre de 2017, a través del cual el director de Activaciones y Soporte de la Vicepresidencia de Servicio al Cliente de la empresa de telefonía celular Tigo, dio respuesta a una solicitud elevada por el demandante, de la cual se colige que el abonado telefónico 30030853xx, se encuentra activo a nombre del señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers. Aunado a ello, allegó el listado de las llamadas recibidas por éste el 4 de septiembre del mismo año, donde se observa que el señor Cabas Rodgers recibió una llamada del teléfono 32096410xx, a las 8:59 a.m., con una duración de 614 segundos.¹⁸

- Auto de 15 de febrero de 2019, emitido por la directora de la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Contraloría General de la República mediante el cual declaró la terminación del proceso disciplinario adelantado en contra de Carlos Eduardo Cabas Rodgers y Alberto Mario Marín Perea y otros. Al respecto, se sostuvo:¹⁹

Antecedentes y hechos

Esta oficina de control disciplinario, de oficio, tuvo conocimiento del auto número 299 de 25 de agosto de 2017, por el cual la gerencia departamental del Magdalena de la Contraloría General de la República en ejercicio de su competencia, cerró y archivó la indagación preliminar fiscal número 2017-0606 sobre irregularidades planteadas en desarrollo del proceso licitatorio que diera origen al contrato número 617 de 2013 para el mejoramiento de la vía Palermo-sitio nuevo-remolino-Guáimaro y maro, en el departamento del Magdalena suscrito con el consorcio Ribera este.

La mencionada indagación preliminar obedeció al traslado de un hallazgo fiscal, identificado en SICA cómo 48115, encontrando en auditoría realizada al Instituto nacional de vías-Invías, vigencia 2013-2016 por la Contraloría delegada para el sector infraestructura en la Contraloría General de la República en relación con irregularidades planteadas en desarrollo del proceso licitatorio que diera origen al referido contrato (...)

¹⁸ Folios 29 y 30 del cuaderno principal.

¹⁹ Folios 256 a 263 del cuaderno principal.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

Finalmente, a folio 15, se identifica que el auto de cierre y archivo ibidem fue suscrito por Carlos Eduardo Cabas Rodgers como ponente y en calidad de gerente departamental y Alberto Mario Marín Perea, como coordinador provincial, revisado por Diego Alejandro Vargas Báez, como coordinador de gestión y sustanciado por Isela Isabel Eguis Vázquez, como profesional universitario.

(...)

Consideraciones

(...)

Si bien es cierto en el informe de auditoría número 284-2000 15 de noviembre de 2015, se cuestionó la contratación suscrita mediante el contrato de obra pública número 617 de 2013, también lo es que la gerencia departamental adelantó la indagación preliminar correspondiente, sin que se advirtiera irregularidad en su trámite para dar como resultado final el archivo de la actuación fiscal, lo cual fue ratificado mediante auto de archivo de la procuraduría segunda delegada para la contratación estatal del 14 de diciembre de 2016, que incluye el concepto técnico de la dirección nacional de investigaciones especiales de la Procuraduría General de la nación, desvirtuando las presuntas irregularidades planteadas en desarrollo del proceso licitatorio que diera origen al contrato número 617 de 2013, sin que se presentaron sobre costos.

Adicional a lo anterior, se solicitó un dictamen técnico a la sociedad colombiana de ingenieros por parte de la gobernación del Magdalena en el cual se concluye que no era posible contratar con proveedores que no tuviesen sus licencias correspondientes y no cumplieron con la normatividad vigente, por tal razón, el contrato de obra en cuestión no se suscribió con esos proveedores.

Así las cosas, se observó que lo que se presentó fue consecuencia de diferencias e interpretaciones jurídicas entre el funcionario sustanciador de la indagación preliminar y los funcionarios de la Contraloría delegada para el sector de infraestructura para la época de los hechos que adelantaron la auditoría, pero esto no vulneró ninguna medida los objetivos y fines misionales de la Contraloría General de la República ni mucho menos los del Estado. Nótese que se determinó que el hallazgo estaba estructurado bajo una normativa que no correspondía; que no estaban dados los presupuestos para considerar un daño al patrimonio del Estado, en tanto que se determinó que no hubo sobrecostos tal como lo evidenciaron los pronunciamientos de autoridades como la Procuraduría segunda delegada para la contratación estatal y la sociedad colombiana de ingenieros de la Contraloría General de la República ni mucho menos los del Estado. Nótese que se determinó que el hallazgo estaba estructurado bajo una normativa que no correspondía; que no estaban dados los presupuestos para considerar un daño al patrimonio del Estado, en tanto que se determinó que no hubo sobrecostos tal como lo evidenciaron los pronunciamientos de autoridades como la Procuraduría segunda delegada para la contratación estatal y la sociedad colombiana de ingenieros.

- Oficio N.º 2019EE0119192 de 20 de septiembre de 2019, emitido por la contralora delegada para Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva, dentro del cual informó al Tribunal Administrativo del Magdalena, lo siguiente:²⁰

Esta delegada obrando de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la ley 610 de 2000, en ejercicio de la competencia prevalente reconocida por la resolución 5500 de 2003, a la portarse dentro del proceso nuevas pruebas que acreditan la

²⁰ Folio 379 del cuaderno principal.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

materialización del daño jurídico, ordenó la reapertura de la presente indagación preliminar el 31 de mayo de 2018.

- Interrogatorio de parte, rendido por el señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers, dentro del cual afirmó:²¹

Preguntado. Puede usted indicarnos qué cargo desempeñaba en la Contraloría General de la República. Contestó. Bueno, me vincule a la Contraloría General de la República como gerente de la gerencia seccional Santa Marta, cargo directivo, nivel uno, desde el 1 de julio de 2015 hasta el 8 de septiembre de 2017. Preguntado. Puede precisar a qué cargo se vinculó a la Contraloría. Contestó. Gerente. (...) Preguntado. Puede indicarle al despacho como se dio su proceso de desvinculación a la Contraloría General de la República. Contestó. Mi desvinculación de la Contraloría General de la República en la gerencia seccional para mí fue lo más intempestivo y sorprendente que me ha podido pasar, estábamos recién llegados de los juegos nacionales de cada dos años y me llamaron, estaba incluso en la oficina con los otros provinciales, hacíamos sala generalmente los días viernes y ahí estaba cuando el doctor Lafaurie recibió una llamada y de asombro quedó estupefacto y me comunicó, el doctor José Antonio Lafaurie recibió la llamada donde a él le decían de mi insubsistencia. El otro contralor provincial que estaba integrada la colegiada de ese momento, era el doctor Alberto Mario Marín Perea, por el doctor Lafaurie y por mi persona como gerente seccional. Preguntado. Usted es superior de ellos o son del mismo nivel. Contexto. Somos del mismo nivel, pero el gerente, tiene además de las funciones misional es, la parte administrativa y funge como presidente de la colegiada permanentemente... Y entonces lo llamó y ese mismo día 8 de septiembre llegó la insubsistencia, el lunes 4 de septiembre recibí una llamada por parte del contralor delegado de infraestructura, doctor Julián Polanía, donde me manifestó su inconformismo, su reproche, en malos términos, en palabras textuales como me va a archivar mi hallazgo, se lo haré saber al contralor, aténganse a las consecuencias, y yo dije pero Dr, le expliqué los fundamentos y razones jurídicas, su profesión es arquitecto, y le expresé el fundamento por el cual se había archivado, pero no le pareció y a los cuatro días la insubsistencia. Lo más sorprendente porque... No el señor Contralor General de la República, Edgardo Maya, fue sorpresivo porque esta colegiada está integrada por mí, cuando yo llegue a la gerencia departamental, tanto la experiencia profesional anterior, ya había estado en la Contraloría distrital tres años asesorando, estuve casi tres años en la Contraloría departamental, más los estudios realizados que tienen afinidad con esto pues garantizaron un buen desempeño, aunado al doctor Lafaurie que había sido contralor distrital y eso con la gente que es la que hace el trabajo con una armonía (...) preguntado. A folio 380 del expediente se encuentra el auto de archivo 299 de 25 de agosto de 2017, adoptado por la gerencia departamental del Magdalena, la cual usted integraba, puede usted señalarle al despacho cuál fue su grado de participación en la adopción de esta decisión. Contexto. Bueno, mi participación en esta indagación preliminar fue ponente, fui el directivo ponente de la misma, pues dado el conocimiento, el reparto interno que hacíamos en ella y yo fui el directivo ponente, la firmamos el doctor Alberto Mario Marín y el doctor Carlos cavas, el doctor José Antonio Lafaurie se declaró impedido y se le aceptó el impedimento y no la signó. Los hechos previos a la misma, yo vi un hallazgo, se deriva este hallazgo de una auditoría que realizó la contraloría delegada de infraestructura en el año 2016, realizó la auditoría, la terminó como en diciembre de ese año, en Prensa salió, yo vi el hallazgo rimbombante y yo dije bueno eso lo manejarán en Bogotá por la cuantía, por esto, a los tres meses llegó el antecedente de la gerencia y cuando lo empiezo analizar, pues me sorprende porque no encuentro los fundamentos legales para aperturar procesos y dentro de la indagación preliminar se determinó por lo allí consignado el archivo de la misma, puedo exponer si su

²¹ Prueba obrante en DVD (Folio 403 del cuaderno principal).



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

señoría lo permite el fundamento y en qué consistía el hallazgo como tal. Preguntado. Puede usted indicarle al despacho como fue recibida de la anterior decisión por parte del nivel central de la Contraloría General de la República. Contestó. No, con absoluto desagrado, con un reproche de la delegada que realizó el proceso auditor (...) la Contraloría delegada de infraestructura, ellos realizaron el proceso auditor y precisamente me manifestaron vía telefónica tres o cuatro días antes de la insubsistencia su reproche absoluto y pues sus malos términos, su desagrado con la decisión proferida y pues nosotros como juez natural adoptamos, aparte de esto, me iniciaron un proceso disciplinario que gracias a Dios fue archivado a comienzos de este año, en el mes de enero febrero de este año. Preguntado. Puede señalarle al despacho, luego de la adopción de la decisión de archivo de esta indagación preliminar, si el contralor provincial, doctor José Antonio Lafaurie continuó, siguió en el desempeño de su cargo. Contestó. Sí, el doctor Lafaurie continuo en el ejercicio de sus funciones hasta todo el periodo del doctor maya, hasta octubre, septiembre del año pasado. Preguntado. Tiene usted conocimiento a qué obedeció su continuidad. Contestó. Pues tengo la absoluta certeza que su continuidad obedeció a que no suscribió el auto de archivo, se separó de la decisión porque estaba impedido. Preguntado. El doctor Alberto Mario salió también. Contestado. Sí, el salió con la resolución, las resoluciones son consecutivas (...) preguntado. Sírvase indicarle al despacho si durante el tiempo de permanencia en la entidad usted fue objeto de llamados de atención, memorando o alguna actuación que cuestionar a su desempeño. Contestó. Jamás, ni ahí ni en ninguna entidad y es el primer proceso disciplinario en que me he visto vinculado. Preguntado. Previo a la decisión de su desvinculación, recuerda usted alguna situación particular relacionada con la incidencia en su decisión de retiro. Contestó. Mire, yo voy a resumir esto, el motivo por el cual yo fui declarado y subsistente fue por el auto de archivo que suscribir, no hay menor duda absoluta de esto, que no esté en la declaratoria insubsistencia es otra cuestión difícil de demostrar como sabemos todos acá, pero no le quepa usted la menor duda de eso. Preguntado.Cuál es la naturaleza de su cargo, contexto. La naturaleza de mi cargo era de libre nombramiento y remoción.

- Declaración del señor José Antonio Lafauire, dentro de la cual indicó: ²²

(...) me pusieron con funciones de gerente después de haber declarado la insubsistencia del doctor Carlos Eduardo cavas, estuve como tres meses (...) preguntado.Cuál fue la razón por la que se declara impedido usted en el proceso. Contestó. Yo me declaro impedido porque yo fungía como tesorero desde el 2012 hasta el 2015 en la gobernación del Magdalena y en la vida de la prosperidad yo pagué el anticipo, entonces por eso yo me declaro impedido desde un comienzo. Preguntado.Cuál fue la razón de su desvinculación en la Contraloría. Contestó. La desvinculación mía en la Contraloría obedeció a unas indagaciones preliminares que se R, estuve ahí y llegó a Bogotá y el contralor general de la República decretó mi subsistencia... Preguntado. Se desvinculó en qué periodo. Contestó. En el periodo 2018. Preguntado. Pero en qué fecha. Contestó. Fue el 30 de octubre de 2018... Preguntado. Usted tiene alguna demanda en contra de la Contraloría. Contestó. En estos momentos si (...) preguntado. Que le consta a usted de la insubsistencia y lo que le conste debe indicar si es directo, si es indirecto, si es de oído, así que vamos ahorrarnos las preguntas y haga un relato de todo lo que le conste relacionado con la desvinculación del señor Carlos Cabas. Contestó. Convocar una colegiada y entre estos entre el tema o el caso de la indagación preliminar de la vida de la prosperidad, que era por un presunto daño de 32,000 millones y dentro del relato que yo escucho, bueno estábamos el doctor Carlos Eduardo Cabas Rodgers Y el doctor Marín y yo, pero yo no hacía parte de esa porque yo estaba impedido, pero si escuché, escuché el por qué había existido el aumento de esos 32,000 millones y que obedecía a que la primera cantera que existía allí para poder comprar el material de arrastre le faltan

²² Prueba obrante en DVD (Folio 403 del cuaderno principal).



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

dos meses para finiquitar, para Fenicia en la licencia ambiental, cuando termine esa indagación preliminar, es cerrada o es archivada por los dos que son mayoría, después de eso llama el delegado en infraestructura a Carlos Eduardo. Preguntado. Porque usted sabe eso. Contestó. Porque él lo fue a manifestar a la oficina y dijo que lo había llamado el doctor Polanía Y le había dicho que porque había cerrado archivado esa indagación preliminar y él le manifestó lo que habíamos hablado o lo que se había dicho deliberado entre ellos, él me lo dijo y relato lo que había pasado en la colegiada que participaron el doctor Marín y él, yo estaba ahí presente pero yo no hacía parte porque estaba impedido, entonces dijo que por eso y dijo que iba hablar con el contralor general de la República para notificarle que para él, lo escuché del doctor Carlos Eduardo, que iba a hablar con el contralor para manifestarle que eso le parecía irregular, y de ahí vinieron después los juegos fiscales que tiene la Contraloría General de la República cada dos años y vino Carlos diciendo que había hablado con la vice contralora y que le había dicho que lo había felicitado porque era una de la que estaba mejor en el país, la gerencia del Magdalena, igualmente, el año anterior, nos habíamos sentado con el contralor general de la República y varios contralores delegados y habían hablado muy bien de la Contraloría y exaltaron la labor que se había hecho en la gerencia Magdalena, cuando él regresa habla que se habló que lo había llamado el doctor Polanía en este caso y le dijo que porque había cerrado y él le dio las explicaciones las cuales había tratado en la colegiada, eso fue lo que me dijo él a mí que había hablado con el doctor Polanía. Preguntado. Algo que le conste a usted o todo es de oídas que le haya contado el doctor Cabas. Contestó. Lo único que me consta es que hubo la insubsistencia y si hubo esa deliberación de archivo de la indagación preliminar. Preguntado. Luego de la salida del doctor Cabas como gerente de la Contraloría departamental del Magdalena usted siguió en el desempeño del cargo, tiene usted conocimiento a que obedeció su continuidad. Contestó. Mi continuidad obedeció a que yo no voté ni deliberé por esa indagación preliminar, por eso es que a mí me dejan, porque yo seguí ahí en eso, me llamaron de Bogotá decirme que a mí me iban a dejar con funciones de gerente porque al gerente lo iban a sacar y también sacaron ese mismo día al doctor Marín. Preguntado. Tiene usted conocimiento que medidas a Dra. Contraloría General de la República tan pronto fue retirado del servicio del doctor Cabas. (Contexto. Me pusieron a mí con funciones de gerente. Me pidieron un hombre dentro de la misma Contraloría y di el nombre de un coordinador de vigilancia fiscal que fue el doctor mosca Arela y quedamos los dos dentro de la colegiada (...) preguntado. Manifestó usted al despacho que funge usted como contralor encargado después de la desvinculación del doctor Cabas, quisiera que le manifestar al despacho si considera usted que sus calidades profesionales para asumir esa gerencia como encargado cuando fue declarado insubsistente el doctor Cabas. Contestó. Asumir las funciones como gerente en el tiempo que considero la Contraloría, estuve como tres meses y luego designaron a una funcionaria de la Contraloría General de la República de Bogotá y la nombraron como gerente aquí en la gerencia del Magdalena. Preguntado. Consideraba usted que tenían las calidades suficientes para asumir esa herencia. Contestó. Por supuesto que sí, tengo la experiencia para poder asumir esa gerencia (...) preguntado. Si por decir algo estaban en un tema de infraestructura como en este caso de la vía, era viable, era lógico que llamasen de infraestructura o no era común que llamaran de las entidades del sector central a preguntar por un tema específico, un hallazgo o algo. Contestó. Sí, era viable que llamaran por supuesto.

- Declaración del señor Alberto Mario Marín Perea, dentro de la cual adujo: ²³

Preguntado. Que le consta a usted con relación a los hechos presentados por el señor Carlos cavas. Contestó. Lo que me consta es que fue desvinculado de la Contraloría por un fallo que se dio y después lo declararon insubsistente a él y a mí, yo corrí la misma suerte de él, nos declararon insubsistentes por un auto archivo que se emitió

²³ Prueba obrante en DVD (Folio 403 del cuaderno principal).



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

un proceso y pues desde ahí fuimos desvinculados por parte de la Contraloría. Preguntado. Usted tiene demanda en contra de la Contraloría. Contestó. Sí señora (...) preguntado. Previo a la decisión de desvinculación del doctor Cabas vale decir antes que fuera retirado, tiene conocimiento usted o recuerde alguna situación particular relacionada con incidencia en el retiro y desempeño de este funcionario. Contestó. En cierta ocasión, pues antes de qué se tomara esa decisión me reuní con el doctor Cabas en su oficina, me comentó que estaba algo preocupado por una llamada que había recibido del nivel central en Bogotá, donde le habían manifestado su inconformismo por la toma de decisión en el fallo que se dio de auto archivo, lo llamó el contralor delegado de infraestructura y pues le dijo que no estaba de acuerdo con la decisión que se había tomado y le comentó como de que en términos groseros de qué prácticamente eso se lo iba a hacer saber al contralor general de la República, que se lo iba a poner en conocimiento de la decisión que se había tomado y prácticamente que se atuviera a las consecuencias, eso fue lo que me comentó previo a lo que había sucedido. Preguntado. Tiene usted conocimiento qué medidas adoptó la Contraloría General de la República tan pronto retiró el servicio al señor Cabas. Contestó. Le nombraron a alguien en su reemplazo, pidieron el proceso, se lo llevaron para Bogotá y nos abrieron un proceso disciplinario tanto a él como a mí... Preguntado. Puede usted señalar al despacho si luego de la salida del doctor Cabas y la suya, el doctor José Antonio Lafaurie continuó en el desempeño del cargo. Contestó. Sí señor siguió, es más, el reemplazó al doctor Cabas una vez nos desvincularon de la entidad, quedó el como un lapso más de un año y pico de la Contraloría ejerciendo las funciones que tenía el doctor Cabas. Contestó. Tiene usted conocimiento a qué obedeció su continuidad. Contestó. Pues claro, porque él cuando nosotros emitimos el fallo él se declara impedido, que no firmó el auto archivo, lo cual le permitió continuar en la Contraloría, de ahí nota clara de lo que sucedió, porque yo pienso que si el doctor Lafaurie en su momento también como contralor y miembro del cuerpo colegiado hubiese adoptado la misma decisión de nosotros, hubiese corrido la misma suerte, también estuviera desvinculado en estos momentos... Preguntado. Puede usted explicarle al despacho en qué consistió el choque de posiciones entre la colegiada infraestructura y la gerencia departamental que usted integrado en relación con el auto archivo la decisión que se adoptó. Contestó. Estoy convencido de que fue una retaliación doctora, porque anteriormente a eso se había conocido un fallo por parte de una auditoría que realizó si mal no estoy el comité de regalías, hicieron una auditoría sobre dicho proceso el cual estamos ahora en comento, y ellos habían adoptado una decisión así similar a ésta y nosotros nos enteramos fue cuando salimos, usted sabe que la gente pregunta porque fuiste desvinculado, se comentó que había sido por el auto archivo (...) preguntado. Antes de adoptar la decisión que ustedes habían tenido a bien manifestar en esta audiencia, usted recibió alguna presión del nivel central de la Contraloría General de la República. Contestó. Alguna presión en qué sentido. Preguntado. Presión en el sentido de optar en uno o en otro sentido la decisión que al final tomaron. Contestó. Con respecto al caso, no tuvimos ninguna presión, yo pienso que uno como profesional del derecho es libre de tomar decisiones y pues no tuvimos ninguna presión, nosotros simplemente tomamos la decisión correcta Y sujeta a todo el derecho y proferimos el fallo, todo se hizo bajo los términos legales. Preguntado. Diga si lo sabe si el doctor Cabas le manifestó que él recibió alguna presión del nivel central para que adoptara decisión en uno u otro sentido. Preguntado. No, simplemente el doctor Cabas manifestó fue lo que yo les expresé ahora, la preocupación que tenía en el momento que recibió la llamada por parte del delegado de infraestructura fue lo único que me comentó, él no me comentó nada más.

- Declaración del señor Juan Carlos Peláez Villegas, dentro de la cual señaló: ²⁴

²⁴ Prueba obrante en DVD (Folio 403 del cuaderno principal).



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

(...) preguntado. En esos 18 años que lleva en la Contraloría más o menos cuantos gerentes han pasado y cuánto es promedio dura en total un gerente. Contesto. Pues no sé calcularle, por ahí unos 10-12 gerentes, duran los cuatro años que duró el contralor normalmente (...) preguntado. Tan pronto fue retirado del servicio del doctor cavas, tiene usted conocimiento que medidas a Dr. la Contraloría General de la República nivel central. Contestó. Posteriormente nombraron una niña de Bogotá, una funcionaria al cargo de gerente y nombraron a un compañero mío que era coordinador, lo nombraron contralor provincial, como para suplir esas vacantes. Preguntado. A la luz de su calidad de coordinador de la gerencia departamental colegiada del Magdalena, puede usted indicarnos si luego de la salida del doctor Cabas se mejoró el servicio de la gerencia. Contestó. No, en ningún momento, incluso empezamos a tener inconvenientes, lo reemplazó el doctor Lafaurie es por el trámite de los procesos misional es, uno de esos procesos que se le asignan a ellos como directivos de conocimiento para el caso de nosotros auditorías y trámites de denuncias ese cambio de directivos siempre genera muchos inconvenientes diría yo. Preguntado. Previo a la decisión de desvinculación del doctor cavas como contralor del departamento del Magdalena a la gerencia, conoce usted lo recuerda alguna situación particular en concreto relacionada con algún tipo de incidencia en el retiro y desempeño de este funcionario. Contestó. No, previo la desvinculación no hubo ningún inconveniente.

- Declaración de la señora Elvira Margarita de Luque Diazgranados, dentro de la cual sostuvo:²⁵

(...) como tal de saber porque lo retiraron no, sé que fue retirado como nombramiento de libre nombramiento y remoción, pero saber las causales por las cuales lo retiraron no, no tengo conocimiento de cuáles fueron las causales concretas de por qué lo retiraron (...) preguntado. Previo a la decisión de desvinculación del doctor cavas, antes de que este fuera retirado, tiene usted conocimiento de alguna situación particular relacionada con la incidencia en el retiro y desempeño de este funcionario. Contestó. Bueno, lo que se decía ya, después de qué sucedieron los hechos, porque no tuve contacto directo de lo que pasaba sino cuando ya se dio la insubsistencia, se comentó que era por una decisión que él había tomado en el grupo de responsabilidad fiscal, se comentó en los pasillos que el retiro había sido por una decisión que se había tomado en responsabilidad fiscal. Preguntado. Usted recibió algún tipo de llamada del nivel central a este respecto. Contestó. Como tal no, llamó el doctor Polanía una mañana después que ellos habían llegado de unos juegos nacionales y pidió hablar con el gerente, el gerente todavía no había llegado a la oficina, eran como las 8:05 A.M., yo le dije que no se encontraba, me dijo necesito hablar con él urgentemente, le dije una vez llegue yo le informo, tome el teléfono y le dije al doctor Cabas que lo llamaba el doctor Polanía porque está solicitándote urgentemente un poco molesto el señor. Preguntado. Cuántos gerentes han pasado por la departamental en el periodo que usted lleva. Contestó. Una cantidad pero imagínate, yo llegué en el 91 que era delegación, antes duraban más, duraban el periodo del Contralor, ahora últimamente, le puedo decir que el 2015 a la fecha yo ya llevo como 6 gerentes, antes del doctor Cabas demoró como año o año y medio.

2.4. Caso concreto. Análisis de la Sala

2.4.1. De la desviación de poder

²⁵ Prueba obrante en DVD (Folio 403 del cuaderno principal).



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

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

Desviación de poder: para determinar este vicio es necesario puntualizar lo que denominamos el elemento psicológico del acto administrativo. Este es el fin del agente administrativo, el fin pensado y querido por éste, o sea, el móvil o deseo que ha inspirado al autor del acto. Sostiene Eisenmann²⁶ que “lo que generalmente llamamos fin del acto es un cierto contenido de la conciencia del agente. No debemos equivocarnos a este respecto. Cuando se habla del fin del acto, se sigue con ello un atributo del acto en sí mismo considerado, un dato objetivo inherente al acto” (...)

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

(...)

En suma, la desviación de poder obedece a la necesidad de someter al principio de legalidad a la administración en todos sus aspectos y con miras a la protección de los particulares ante los abusos de aquella²⁷.

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado en cuanto a este vicio de legalidad, que «demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma. Cuando se invoca este vicio, necesariamente, la prueba ha de encontrarse en circunstancias anteriores a la determinación que se acusa, pues se trata de establecer, precisamente, la intención del funcionario que expide el acto, que es previa a la toma de la decisión»²⁸.

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

2.4.1.1. La desviación de poder en el ejercicio de la potestad discrecional. Carga de la prueba.

Según dispone el artículo 137 del CPACA se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del

²⁶ Eisenmann. Citado por Julio A. Prat. Op. Cit., página 103.

²⁷ Causales de anulación de los Actos Administrativos, 1ª Edición. Autores: Miguel Largacha Martínez y Daniel Posee Velásquez.

²⁸ Sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, de 23 de febrero de 2011, radicado interno No. 0734-10, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

funcionario o corporación que lo profirió. Es decir, cuando el acto si bien fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico²⁹.

El Consejo de Estado³⁰ ha señalado que este vicio está referido a la «...la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario». En otras palabras, incurre en desviación de poder cuando el funcionario ejerce sus atribuciones, no en aras del buen servicio público y de la buena marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas, injustos u ocultos.

La jurisprudencia de esta Corporación³¹ también ha indicado, respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por la parte actora, que es a esta a quien le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad el acto acusado; afirmación que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla contenida en el Código General del Proceso³² de que «incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»

Como ya se explicó, la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se caracteriza por su inmotivación, decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio³³.

Sobre este particular es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sección³⁴, en

²⁹ Berrocal Guerrero, Luis Enrique Manual del acto administrativo, Librería ediciones del profesional LTDA. , Bogotá, Colombia, 2014, página 547

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

³¹ Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).

³² Artículo 167 del CGP.

³³ Tratándose de la desviación de poder

³⁴ Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

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

En consecuencia, como quiera que la carga probatoria de demostrar el vicio de desviación de poder recae en el demandante, quien debe asumirla y demostrar que la intención del nominador en el ejercicio de la facultad discrecional no fue la de mejorar el servicio sino por un motivo eminentemente personal, es necesario analizar la prueba obrante en la actuación, de cara a los argumentos expuestos por él en el recurso de apelación.

Ahora bien, de las pruebas allegadas por el demandante, no se puede concluir nada diferente que:

(i) El señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers se vinculó a la Contraloría General de la República desde el 1.º de julio de 2015, en el cargo de gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01 en la Gerencia Departamental Colegiada de Magdalena,³⁵ empleo que, de conformidad con la normativa pertinente y el acto administrativo de nombramiento, es de libre nombramiento y remoción.

(ii) En ejercicio de sus funciones, el 25 de agosto de 2017, por Auto N.º 299, Carlos Eduardo Cabas Rodgers, como gerente departamental y Alberto Mario Marín Perea, como contralor provincial, resolvieron cerrar indagación preliminar N.º ANT_IP-2017-006060, dentro del proceso de responsabilidad fiscal, adelantado por el presunto manejo irregular de los recursos públicos en el departamento del Magdalena e Invias, por no existir daño al patrimonio del Estado.³⁶

(iii) Si bien el señor Cabas Rodgers afirmó que el 4 de septiembre de 2017, el señor Julián Polanía, contralor delegado de infraestructura se comunicó, telefónicamente, señalándole que no estaba de acuerdo con la decisión antes referida y que ello tendría algunas consecuencias, también lo es que con el documento de 10 de octubre de 2017, que se allegó con el escrito de la demanda, a través del cual el director de

³⁵ Folio 337 del cuaderno principal.

³⁶ Folios 380 a 387 del cuaderno principal.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

Activaciones y Soporte de la Vicepresidencia de Servicio al Cliente de la empresa de telefonía celular Tigo, dio respuesta a una solicitud elevada por el demandante, no se colige que la llamada recibida del teléfono 32096410xx, a las 8:59 a.m., con una duración de 614 segundos, fuera del señor Polanía.

Aunado a ello, si bien las declaraciones rendidas dentro del trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho solicitadas por la parte actora, hacen referencia a dicha llamada, estos testimonios no son suficientes para corroborar lo señalado por el señor Cabas Rodgers, por cuanto ninguno escuchó la conversación telefónica y, por lo tanto, no se tiene conocimiento si, efectivamente, existió y, de ser así, cuál fue su contenido.

(iv) El 8 de septiembre de 2017, a través de Resolución N.º ORD-81117-0002954-2017, el contralor general de la República declaró insubsistente el nombramiento ordinario del señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers en el cargo de gerente departamental, Nivel Departamental, Grado 01 de la Gerencia Departamental Colegiada del Magdalena.³⁷ Frente a dicha actuación, la Sala considera lo siguiente:

En primer lugar, si bien el actor refiere que su desvinculación obedeció, principalmente, a que el 25 de agosto de 2017, emitió el Auto a través del cual ordenó archivar una indagación preliminar adelantada dentro de un proceso de responsabilidad fiscal y que entre un hecho, esto es, el 25 de agosto de 2017, y el otro, 8 de septiembre del mismo año, hay un límite corto de tiempo, el actor no logra demostrar que existe una relación entre estos supuestos fácticos, pues, a pesar que los testimonios refieren que no tienen duda que ésta fue la razón para su desvinculación, no logran acreditar, más allá de sus suposiciones, que se configuró una desviación de poder y que el retiro sí obedeció a móviles personales. Lo anterior, por cuanto cada uno de ellos refiere que están seguros que se trató de una retaliación en contra del actor por haber suscrito el Auto de archivo de la indagación, pero no hacen un recuento más detallado para poder considerar que no se trata de una simple percepción que ellos tienen.

En segundo lugar, no le asiste razón al demandante cuando afirma que se incurrió en desviación de poder, porque el 8 de septiembre de 2017, se declaró insubsistente

³⁷ Folio 17 del cuaderno principal.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

su nombramiento y el del señor Alberto Mario Marín Perea, por cuanto fueron los dos los que suscribieron el Auto tantas veces referido, toda vez que a pesar de que, en principio, este supuesto podría considerarse como un indicio, no se logra acreditar, con certeza, el vicio alegado y tampoco desvirtuar que la desvinculación de éstos funcionarios obedeció al mejoramiento del servicio, máxime cuando los dos ocupaban cargos diferentes, el primero, gerente general y el segundo, contralor provincial, es decir, se desempeñaban en dependencias distintas y cada uno tenía unas funciones propias del empleo.

En tercer lugar, el hecho de que el señor José Antonio Lafaurie continuara vinculado a la Contraloría General de la República porque al momento en que se emitió el Auto que se cuestiona en el proceso de responsabilidad fiscal, se declaró impedido y, en consecuencia, no participó en la decisión, es una circunstancia que no puede ser considerada como un indicio para efectos de anular el acto administrativo demandado, en la medida en que, al no estar debidamente acreditado y concatenado con otras pruebas, resulta ser una simple presunción, en la medida en que el señor Lafaurie pudo haber continuado en su cargo porque el nominador consideraba que era un funcionario con el que se mejoraba el servicio de la entidad, tan es así, que por sus calidades, una vez el nombramiento del demandante se declaró insubsistente, éste fue encargado en dicho cargo por el término aproximado de 3 meses y si bien, finalmente, fue desvinculado, ello acaeció mucho tiempo después de que se presentaran los hechos ahora cuestionados, esto es, en octubre de 2018.

En cuarto lugar, el contralor delegado de infraestructura ni el contralor general de la República se inmiscuyeron en la toma de las decisiones del señor Cabas Rodgers, toda vez que, de acuerdo al manual de funciones, como gerente departamental, Nivel Directivo, Grado 01, tenía a su cargo el desarrollo de los procesos administrativos sancionatorios, afirmación que no tiene sustento alguno, dado que, como se señaló, no se demostró que el señor Julián Polanía, se hubiera comunicado con el señor Cabas Rodgers haciéndole saber su inconformidad con la decisión de archivo y tampoco se demostró que éste hubiera recibido presión alguna para emitir dicha decisión, pues, así lo refiere el testigo Marín Perea en la declaración rendida dentro de la audiencia de pruebas.

En quinto lugar, la expedición del Oficio N.º 2017IE0072316 de 8 de septiembre de 2017, emitido por la contralora delegada para investigaciones, mediante el cual le



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

solicitó remitir copias del hallazgo número 6, derivado de la auditoría realizada por la Contraloría delegada para el sector de infraestructura a los recursos del sistema General de regalías,³⁸ no tiene sustento para acreditar la desviación de poder, en tanto que la supervisión de la investigación fiscal adelantada por el actor no estaba prohibida, dado que se trataba de un proceso en el cual se estaba investigando el detrimento al patrimonio público y, además, fue un proceso en el que el 31 de mayo de 2018, se ordenó la reapertura de la indagación por haberse encontrado nuevas pruebas que acreditaban el daño antijurídico; actuaciones que se enmarcan dentro del proceso de responsabilidad fiscal y que nada tiene que ver con una supuesta retaliación en contra del actor.

De conformidad con el artículo 4.º de la Ley 640 de 2000, el objeto de la responsabilidad fiscal es el «resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal».

Así, puede concluirse que el daño patrimonial al Estado entraña un carácter resarcitorio, por lo que la finalidad de la responsabilidad fiscal consiste en reparar el patrimonio público que ha sido menguado por servidores públicos o particulares que realizaron una gestión fiscal irregular.

En atención a lo anterior, el adelantamiento de investigaciones fiscales y sanciones en dicha materia no están presididas de un elemento subjetivo, pues, como se mencionó, la finalidad de la responsabilidad fiscal no es otra que la protección al erario.

En sexto y último lugar, el hecho de que se haya adelantado una investigación disciplinaria en su contra por hechos acaecidos en dicho proceso de responsabilidad fiscal no demuestra la ilegalidad del acto administrativo cuestionado, por lo siguiente:

³⁸ Folio 81 del cuaderno principal.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

La Ley 1010 de 2006, «Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo», en el artículo 2º de manera expresa definió y estableció las modalidades de acoso laboral, así: «Se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo».

De lo anterior, para que el comportamiento o conducta de un servidor público o particular constituya acoso laboral debe reunir unos requisitos establecidos en la normativa aplicable, que no son otros, que haber verificado conductas persistentes, reiteradas y demostrables, ejercidas sobre un empleado trabajador, por el empleador, un jefe o compañero de trabajo dirigidas a intimidar, desmotivar, o causar un perjuicio laboral, o inducir a renuncia.

Sobre el particular vale la pena señalar que el legislador consagró un régimen disciplinario, Ley 734 de 2002, norma aplicable al momento de la ocurrencia de los hechos, que es aplicable a los servidores públicos y a los miembros de la Policía Nacional, que en el momento de ser incumplido, el Estado, en virtud de la potestad disciplinaria, debe iniciar las correspondientes actuaciones administrativas tendientes a esclarecer las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y su responsabilidad, proceso que debe estar presidido de todas las garantías constitucionales y legales que propendan por el ejercicio del derecho de defensa y debido proceso.

En atención a lo anterior, el adelantamiento de investigaciones disciplinarias y sanciones en dicha materia no están presididas de un acoso laboral, pues, como se mencionó, la finalidad de la potestad disciplinaria no es otra que la prevención y la buena marcha de la gestión pública, al igual que la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores que los afecten o pongan en peligro.

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del demandante fue adecuadamente utilizada, pues conforme a la



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador.

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

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

2.4.2. Falsa motivación

La doctrina ha definido la falsa motivación como causal de nulidad de los actos administrativos, en los siguientes términos³⁹:

Después de señalar que el vicio en el contenido es un caso de violación de la Ley, agrega que esto puede ocurrir en los siguientes supuestos: a) porque el acto fue dictado contra un precepto de la Ley, o porque al dictarlo la administración consideraba como existente una norma que no existía o viceversa, consideraba como no existente una norma que, en realidad, existía, o porque en la interpretación de la norma jurídica se le da un contenido distinto del que realmente tenía; b) porque si bien la norma jurídica fue correctamente interpretada, se la aplica a un caso que no había contemplado; c) porque la aplicación de una norma jurídica se hace en forma de alcanzar consecuencias jurídicas contrarias a las que ésta quería, se trataría en este supuesto de una falsa aplicación de la Ley.

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

³⁹ Teoría degli Atti. Ranelletti. Página 330.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

Frente a este cargo sostiene el demandante que su desvinculación no fue producto del mejoramiento del servicio porque no se tuvo en cuenta su idoneidad profesional y su experiencia en la entidad demandada.

2.4.2.1. De la idoneidad profesional y experiencia

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

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

En tal sentido, si bien el señor Carlos Eduardo Cabas Rodgers contaba con los requisitos esenciales para desempeñar el cargo de gerente general, Nivel Directivo, Grado 01 de la Gerencia Departamental del Magdalena, como se demostró con su hoja de vida allegada al expediente, ello no es determinante para que fuera inamovible de su cargo, por cuanto es obligación de todo servidor público prestar sus servicios en forma óptima y eficiente, en cuanto ello contribuye a la consecución de los fines esenciales del Estado y garantiza a los ciudadanos el goce de sus derechos y el acceso a los distintos beneficios previstos para el adecuado desarrollo social; por tanto, la buena conducta y la excelencia de la actora en el ejercicio de su



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

cargo no garantizan su estabilidad, sino que se constituyen en presupuestos naturales del ejercicio del cargo.

Ahora bien, cabe resaltar que el funcionario designado en encargo por el contralor general de la República para el desempeño de las funciones del empleo antes referido, esto es, el señor José Antonio Lafaurie, una vez el demandante fue desvinculado, además de tener los requisitos mínimos, como lo afirmó el apoderado de la entidad demandada y el señor Lafaurie en su declaración, era un profesional preparado y capacitado con experiencia para el desarrollo de las funciones.

En ese orden de ideas, no se demostró que con el retiro del señor Cabas Rodgers y el posterior nombramiento en encargo del señor José Antonio Lafaurie, se haya presentado una desmejora del servicio, pues, como se mencionó, este último cumplía con los conocimientos para ejercer el empleo, razón por la cual no es dable definir una afectación del servicio con ocasión del acto administrativo ahora demandado, ya que se presume que fue expedido con fundamento en supuestos de hecho reales, objetivos, ciertos y en aras del buen servicio público⁴⁰.

3. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016⁴¹, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

Objetivo, en cuanto prescribe que en toda sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del Código General del Proceso; y valorativo, en cuanto se requiere que el juez revise si ellas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

⁴⁰ Para el efecto observar sentencia emitida por la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, de 22 de noviembre de 2018, expediente N.º 5037-2016, consejero ponente: William Hernández Gómez.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardí, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

Asimismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en los numerales 1 y 8 del artículo 365 del Código General del Proceso⁴², la Sala condenará en costas de segunda instancia al demandante, teniendo en cuenta que el recurso presentado resultó desfavorable y el apoderado de la entidad demandada presentó alegatos de conclusión.

4. Conclusión

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del actor fue adecuada y razonablemente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no se incurrió en falsa motivación al emitir el acto administrativo acusado y no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador, motivo por el cual se confirmará la sentencia recurrida que denegó las súplicas de la demanda y se condenará en costas a la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- Confirmar la sentencia proferida el veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020) por el Tribunal Administrativo del Magdalena, Despacho 01, que denegó las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por el señor Carlos Eduardo

⁴² «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».



Radicado: 47001-23-33-000-2018-00083-01 (1420-2021)
Demandante: Carlos Eduardo Cabas Rodgers

Cabal Rodgers contra la Nación, Contraloría General de la República, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por la Sala en la plataforma del Consejo de Estado denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 186 del CPACA.

GMSM