

**JEFE DE CONTROL INTERNO – Cargo de libre nombramiento y remoción .
Regulación legal / MODIFICACION DEL MANUAL DE FUNCIONES PARA
NOMBRAR EL REEMPLAZO DE OTRO FUNCIONARIO DECLARADO
INSUBSISTENTE- Desviación de poder**

Si bien es cierto que la entidad demandada, en virtud de la Autonomía Administrativa otorgada por los artículos 76 y 77 de la Constitución Nacional y conforme lo establece la Ley de creación 182 de 1995, por tratarse de una Entidad Autónoma Independiente puede fijar y modificar el Manual de Funciones y Requisitos de la Planta de Personal, también lo es, que lo discutido en el *sub-lite* se orientó a establecer si la modificación de los requisitos para el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno se dispuso con la intención de favorecer el reemplazo del demandante, y no las atribuciones legales de administración de la Planta de Personal. Al momento de nombrar al reemplazo del actor, esto es, a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis, estaba vigente el Manual de Funciones y Requisitos para el cargo previsto en la Resolución No. 348 de 12 de abril de 2002 que ordenaba acreditar para el desempeño del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, entre otros, el título de Contaduría Pública. La Sala no discute la necesidad de imponer nuevos requisitos para los empleos dentro de la Función Pública, pero la premura, velocidad y delegación con que la entidad actuó en el sub-exámime, advierte el favorecimiento a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis para que pudiera posesionarse en el cargo, pues como se dijo, al momento del nombramiento acreditaba el título en Derecho y no el de Contaduría Pública, siendo modificada tal situación para incluir aquella profesión y otras, cinco (5) días después de su designación, por Acta No. 911 de 2 de julio de 2002, demostrándose una evidente desviación de poder en detrimento del señor Gerardo Terán Malagón. A simple vista se advierte que la modificación de los requisitos del cargo no estuvo precedida de un estudio objetivo efectuado por la CNTV con miras a determinar los requisitos para desempeñar el empleo público, sino que a los cinco (5) días del nombramiento se ordenó incluir otras profesiones, entre ellas el Derecho, para que la Dra. Liliana Jaramillo Mutis pudiera fungir como Funcionaria Pública. Pese a que el recurso de alzada expresó que la CNTV en reiteradas oportunidades ha modificado el Manual de Funciones y Requisitos en procura del mejoramiento del servicio, para la Sala no existía razón suficiente para ordenar una nueva modificación del Manual de Funciones y Requisitos dado que sólo habían transcurrido dos (2) meses y cinco (5) días de la expedición de la Resolución No. 348 de 12 de abril de 2002

FUENTE FORMAL : CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 76 /
CONSTITUCIÓN POLITICA - ARTICULO 77

NOTA DE RELATORIA : Sobre la modificación del Manual de Funciones para viabilizar el nombramiento del reemplazo de un funcionario declarado insubsistente, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 13 de octubre de 2005, MP. Jesús María Lemus Bustamante

CARGO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Facultad discrecional. Límites / FACULTAD DISCRECIONAL - Debe buscar mejoramiento del servicio / DESEMPEÑO EXCEPCIONAL DEL CARGO POR EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION – Insubsistencia. La administración debe probar las razones de buen servicio / INSUBSISTENCIA DE EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN- Desempeño excepcional del cargo. La administración debe probar las razones de buen servicio

La facultad discrecional debe ser utilizada con la finalidad de buscar el mejoramiento del servicio, pues no podría existir otra justificación para emplear tal instrumento como lo prevé el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo. Dicho en otros términos, si el artículo 209 de la Constitución contempla que "...la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...", la facultad discrecional debe propender por lograr este contenido, Vr. Gr., el interés general y los principios allí previstos, materializados en las necesidades y mejoramiento del servicio así como por razones de este. La sentencia de la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado de 13 de octubre de 2005, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Rad. No. 25000-23-25-000-1999-05050-01(2906-03), Actor: Arturo Fredi Mosquera Becerra, indicó que tratándose de empleados que han desempeñado una excepcional labor, debe la Administración demostrar las razones que tuvo para declarar insubsistente el nombramiento, encontrándose en el *sub-lite*, que la CNTV limitó su defensa a demostrar la facultad que tiene para modificar el Manual de Funciones y Requisitos omitiendo probar las razones del buen servicio que llevaron a declarar insubsistente el nombramiento de Gerardo Terán Malagón. Como quedó establecido, la CNTV no demostró fehacientemente que el reemplazo del señor Gerardo Terán Malagón haya mejorado el servicio, todo lo contrario, además de encontrarse demostrada la desviación de poder al modificarse el Manual de Funciones y Requisitos, es claro que dentro del plenario se debieron esgrimir al menos las calidades que mejoraban los requisitos y experiencia que acreditó el demandante exponiendo razones claras, concretas y fundamentales en procura del interés general. El argumento de la confianza que caracteriza los cargos de libre nombramiento y remoción, no es absoluto cuando se presenta la desviación de poder para favorecer intereses particulares, sin que deba probar el actor, como pretende la entidad demandada, la desmejora en el servicio con el nombramiento de la Dra. Liliana Jaramillo Mutis. Si como quedó visto, la CNTV debe probar las razones del buen servicio para declarar la insubsistencia, es a esta a quien le correspondía la carga probatoria según lo contemplado en el artículo 177 del C. de P. C, sin que obre tal situación desvirtuándose las calidades de la Dra. Liliana Jaramillo Mutis respecto del señor Gerardo Terán Malagón conforme se desprende de la comparación efectuada a las Hojas de Vida aportadas al plenario.

FUENTE FORMAL : CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 36 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 209 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL- ARTICULO 177

NULIDAD POR NO INTEGRACION DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO – Presupuestos procesales

Respecto de la solicitud de nulidad manifestada por la CNTV dentro de los alegatos de conclusión, fundada en el numeral 9 del artículo 140 del C.P.C., pues en su sentir se omitió la integración del *litis consorcio necesario*, como quiera que no se vinculó al proceso a quien ejerce el cargo al que se reintegraría el demandante, violándose sus derechos del Debido Proceso, Defensa y Contradicción, considera la Sala que: La entidad demandada tuvo la oportunidad de alegar dicha nulidad al momento de la contestación de la demanda, sin que ahora cuente con la oportunidad procesal para tal efecto, conforme lo prevé el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 83 del Decreto 2282 de 1989, aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A. Esta preceptiva vislumbra que la entidad demandada no podía proponer la nulidad deprecada con la finalidad de retrotraer el proceso al momento de su admisión,

pues no cumple con los presupuestos procesales para tal situación, a saber: Haberla alegado dentro de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda. Ser alegada por la persona afectada, en este caso la Dra. Liliana Jaramillo Mutis, por tratarse de la falta de notificación o emplazamiento, y; Por fundarse en la causal 9 del artículo 140 del C.P.C., debiendo haber sido propuesta por la CNTV al momento de actuar procesalmente en el *sub-lite*. Por lo que, para la Sala no existe duda que de conformidad con lo previsto en el artículo 143 ibídem, dicha causal de nulidad deberá ser rechazada de plano.

**FUENTE FORMAL : CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 140
NUMERAL 3 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL- ARTICULO 143**

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”

Consejera Ponente: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

Bogotá D. C., catorce (14) de agosto de dos mil nueve (2009)

Radicación número : 250002325000200211482-01 (0946-07)

Actor: GERARDO TERÁN MALAGÓN

Demandada: COMISION NACIONAL DE TELEVISION

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la Entidad demandada contra la sentencia de 7 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Gerardo Terán Malagón contra la Comisión Nacional de Televisión.

LA DEMANDA

Estuvo encaminada a obtener la nulidad del Acta No. 0910 de 27 de junio de 2002, mediante la cual la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión (CNTV) decidió declarar insubsistente al actor en el cargo de Jefe de Control Interno y subsidiariamente la Resolución No. 585 de 27 de junio de 2002, proferida por el Director de dicha entidad que declaró la insubsistencia.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reintegro al cargo del cual fue desvinculado o a otro de igual o superior categoría; la no solución de continuidad

en la prestación del servicio; el pago de todos los sueldos, prestaciones, primas, bonificaciones, subsidios y antigüedad, y demás emolumentos legales y extralegales a que tiene derecho hasta su reintegro; condenando al pago de las costas procesales y dando cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 177 y 178 del C. C. A.

Como hechos que sirvieron de sustento a las pretensiones narró los siguientes:

El actor ingresó a la Comisión Nacional de Televisión el 26 de octubre de 2000, en el cargo de Jefe de Oficina perteneciente a la Carrera Administrativa, sin que esté previsto excepcionalmente en la Ley de Carrera como un cargo de libre nombramiento y remoción.

En virtud de la facultad discrecional, la entidad demandada según lo previsto en el numeral 16 del artículo 15 de la Resolución No. 185 de 1996 (Estatuto Interno), dispuso la insubsistencia mediante el Acta 910 de 27 de junio de 2002 y la Resolución No. 585 de la misma fecha.

La potestad discrecional está limitada para los cargos que no pertenecen a la Carrera Administrativa, o aquellos denominados de libre nombramiento y remoción, careciendo la CNTV de competencia material para ejercer dicha decisión respecto del cargo ejercido por el actor.

Existe una incompetencia discrecional en su factor material de carácter objetivo referido al empleo, aclarando que no se trata de algo distinto que los derechos subjetivos de carrera, que no los ostentaba por encontrarse en provisionalidad.

Existe como causal de nulidad del acto la falta de motivación, pues al tratarse de un cargo de Carrera Administrativa, no susceptible de la discrecionalidad, debió motivarse la insubsistencia por parte de la Administración.

Pero aceptando que se hubiere tratado de un cargo de libre nombramiento y remoción la entidad demandada estaba en la obligación de dejar constancia, en la hoja de vida, de los hechos y causas que originaron la insubsistencia.

La Administración no propendió por el buen servicio o su mejoramiento, pues los nombramientos efectuados para suplir la vacante incumplieron los requisitos para el empleo previstos en el Manual de Funciones y Requisitos contenido en la

Resolución 348 de 12 de abril de 2002, al carecer de la formación académica: *título de formación universitario profesional en Contaduría Pública*.

La funcionaria que reemplazó al actor, es la esposa del Representante a la Cámara por Bogotá, D. C., Dr. "Germán Barón", situación que fue orientada para congraciarse con los Congresistas quienes estaban discutiendo el Proyecto de Acto Legislativo que suprimiría la entidad demandada, situación que fue ampliamente publicitada en los medios de comunicación.

Ante la imposibilidad del nombramiento de Liliana Jaramillo Mutis, la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión dispuso adecuar el Manual de Requisitos para el cargo de Jefe de Control Interno mediante Acta No. 911 de 2 de julio de 2002.

Sin haberse proferido la Resolución modificatoria de la No. 348 de 12 de abril de 2002 que exigía el título de Contaduría Pública, con un simple memorando y de facto, fue superpuesto en dicho Manual una anotación en la página 126 que indicaba como requisito del cargo el título de formación académica profesional en Derecho, siendo posesionada el 12 de julio de 2002.

Una vez efectuando el *Test de Igualdad* obrante a folio 149, la formación académica y experiencia del actor frente a quien lo reemplazó en el cargo superó cualquier expectativa.

La experiencia académica, laboral, profesional y docente del demandante en temas de auditoría, control interno, contabilidad y finanzas, permite concluir que podía ejercer adecuadamente las funciones de Jefe de Oficina de Control Interno conforme lo establecido en la Ley 87 de 1993, aplicando correctamente los mecanismos de verificación y evaluación previstos en el parágrafo del artículo 9 *ibídem* y demás normas complementarias, superando en más de 15 años la experiencia laboral y específica en los temas relacionados con las funciones del cargo.

Durante el desempeño del cargo, la Comisión Nacional de Televisión mejoró la calificación del grado de implantación de un adecuado sistema de control interno, sin que haya recibido objeción alguna por sus servicios durante el último año de labor.

Durante el ejercicio del cargo, jamás se convocó a Concurso de Méritos para la provisión del empleo de Jefe de Control Interno, así como tampoco fue provisto el reemplazo por tal mecanismo ostentando igualmente la calidad de provisional.

NORMAS VIOLADAS

Como normas violadas cita las siguientes:

Artículos 2, 35 y 36 del Código Contencioso Administrativo.

Artículo 56 del parágrafo 2 de la Ley 443 de 1998.

Artículo 6 del Decreto 1572 de 1998.

Artículos 26 y 61 del Decreto Ley 2400 de 1968.

LA SENTENCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante sentencia de 7 de septiembre de 2006 (fls. 404 a 415 cno. ppal), accedió a las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Mediante la Ley 182 de 1995, creó la Comisión Nacional de Televisión, otorgándosele a la Junta Directiva la facultad para determinar la Planta de Personal, creando, suprimiendo o fusionando los cargos necesarios y fijando las correspondientes remuneraciones y el Manual de Funciones sin más requisitos que los de sujetarse a las normas que el Congreso expida para la estructura de la Administración Central.

El inciso 2 del artículo 15 ibídem, previó que los empleados del Nivel Directivo son de libre nombramiento y remoción, así como aquellos que no perteneciendo a este nivel desempeñen cargos de dirección o confianza. Los restantes cargos son de Carrera Administrativa.

La Resolución No. 0179 de 31 de octubre de 1995, establece el sistema de nomenclatura de los empleos y la escala salarial de la Comisión Nacional de Televisión, indicando en el artículo 1, que dentro del Nivel Directivo Asesor se encuentra el cargo de Jefe de Oficina desempeñado por el actor, correspondiéndole funciones de dirección, coordinación, control y gestión de la entidad.

Concluye que el actor no se encontraba nombrando en provisionalidad, sino que ostentaba un cargo de libre nombramiento y remoción, deduciéndose la facultad

del nominador para ejercer la discrecionalidad dentro de los parámetros legales y por razones del buen servicio.

Si bien la facultad discrecional fue ejercida en virtud de lo contemplado en el ordenamiento jurídico, dicha atribución tiene unos límites que se materializan en las necesidades del servicio, de manera que cuando la Autoridad la ejerce con una finalidad diferente, se configura la desviación de poder.

Dicha causal de nulidad se origina cuando el funcionario que expide el acto lo hace con competencia para el mismo, es decir, se encuentra dentro de la órbita de sus funciones, pero lo hace por motivos diferentes a los que ha indicado el Legislador al atribuirle esa competencia, es decir, actúa con una intencionalidad deferente a la perseguida por la norma que señaló los motivos para los cuales se ha investido de competencia.

El reemplazo del actor fue nombrado mediante Acta No. 910 de 27 de junio de 2002, para desempeñar el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno, acreditando en su hoja de vida el título en Derecho, o sea, sin cumplir las calidades para ejercer el cargo pues para la fecha en la cual se hizo su designación, no ostentaba el requisito de formación profesional en Contaduría Pública.

Respecto del material probatorio obrante en el plenario, indicó como indicios de la desviación de poder: que la entidad demandada durante el interregno existente entre la designación de Liliana Jaramillo Mutis y la fecha de su posesión modificó el Manual de Funciones para incluir el título en Derecho como hábil para poder desempeñar el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno; el hecho de que dicha funcionaria fuera la cónyuge del Congresista Germán Varón Cotrino; que a través de diversos artículos periodísticos se haya informado sobre los presuntos puestos de trabajo con los que la CNTV favoreció a los Congresistas para hundir el proyecto de Acto Legislativo que suprimiría la entidad; y la excelente trayectoria del demandante acorde con los requisitos exigidos, se convierten en indicios graves y concordantes que demuestran la desviación de poder que tuvo el nominador para la insubsistencia.

Encuentra bastante cuestionable la actitud de la Administración, al adecuar sus necesidades a las hojas de vida de los particulares y no que los perfiles de éstos se encuadren en sus requerimientos, desconociendo el artículo 209 de la Constitución que prevé la función administrativa al servicio del interés general,

pues no de otra forma se entiende el hecho de que se haya modificado el Manual de Funciones de la entidad respecto del cargo de Jefe de Oficina de Control Interno, con el fin de dar posesión a una empleada que no reunía las calidades legales.

EL RECURSO

La Entidad demandada apeló el proveído anterior (fls. 418 a 431 cno. ppal), con base en los siguientes argumentos:

Los artículos 76 y 77 de la Constitución establecen que la Comisión Nación de Televisión es un órgano con autonomía administrativa, siendo reiterado tal mandato en la Ley 182 de 1995.

El literal g.) del artículo 12 de la citada Ley 182 de 1995, prevé que la Junta Directiva de la Comisión fija el Manual de Funciones y Requisitos de la Planta de Personal, contando con dicha facultad, como en diversas oportunidades lo ha aplicado acorde con las necesidades de la Administración y su dinámica.

Es así como la Resolución No. 348 de 12 de abril de 2002, que adoptó el Manual de Funciones y Requisitos, fue modificada por la Junta Directiva en la cesión de 2 de julio del mismo año, estableciendo en relación con el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno la posibilidad de acreditar el requisito de formación académica en las áreas del Derecho, Economía, Administración de Empresas, Ingeniería Industrial, Contaduría, o Ciencias Sociales, más la acreditación de título de formación avanzada o postgrado en un área relacionada con las funciones del cargo y seis años de experiencia.

El propósito fue adaptarse a la nueva realidad en que se manejan los perfiles de los funcionarios encargados de dirigir el Control Interno, buscando un mecanismo integral, de gestión y no meramente contable como se llegó a concebir en el pasado.

Cita sentencias de exequibilidad de la Corte Constitucional que argumentan que el cargo de Control Interno es de libre nombramiento y remoción, siendo el nominador quien cuenta con la atribución legal de declararlo insubsiste discrecionalmente.

La desviación de poder se funda en el hecho de que la autoridad con la competencia suficiente para dictar un acto lo ejecuta orientándolo hacia un fin distinto, con motivos ocultos o circunstancias de hecho que provocan una decisión administrativa desviada de sus objetivos, en cuyo caso el cargo puede consistir en abuso o desviación de las atribuciones propias del funcionario que lo profiere, demostrándose fehacientemente lo acontecido.

Como quiera que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, donde el elemento fundamental es la existencia de la confianza, la desmejora del servicio no puede presumirse, sino que debe probarse con la confrontación de las dos gestiones en igualdad de circunstancias, situación no probada en el plenario siendo una mera presunción del *A-quo*.

Ahora bien, en caso de aceptarse que la posesión del nuevo funcionario se hizo sin cumplir los requisitos exigidos en el Manual de Funciones no por esto se puede deducir que la declaratoria de insubsistencia se efectuó contrariando la ley y a los reglamentos, habida consideración de la naturaleza de libre nombramiento y remoción del cargo.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante memorial obrante a folios 524-530 crno ppal, el Ministerio Público allegó concepto fiscal, solicitando la confirmación de la sentencia impugnada con base en los siguientes argumentos:

Transcribe los artículos 76 y 77 de la Constitución Nacional que establecen la intervención estatal en el espectro electromagnético y la Dirección de la Política en materia de Televisión. Lo propio hizo con la Ley 182 de 1995 que conformó la Comisión Nacional de Televisión; la Resolución No. 079 de 31 de octubre del mismo año que estableció el Sistema de Nomenclatura de Empleos y Escala Salarial de los Empleados de la CNTV y el artículo 11 de la Ley 87 de 1993 que previó normas sobre el Control Interno en las entidades del Estado.

Advirtió que según la normativa vigente el Jefe de la Oficina de Control Interno es un Funcionario de libre nombramiento y remoción designado por el Representante Legal ó máximo Directivo de la Comisión Nacional de Televisión, infiriéndose en principio que existe la facultad legal para declarar insubsistente el nombramiento del actor.

Empero, critica que el reemplazo del actor no cumplió los requisitos exigidos en la Resolución No. 348 de 12 de abril de 2002, que estableció para el desempeño del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno Grado 20, acreditar el título de formación universitaria profesional en Contaduría Pública, y aunque si bien el Director de la C.N.T.V. modificó por Memorando de 2 de julio de 2002 las calidades para el ejercicio del cargo incluyendo entre otras el título de Abogado, deja claro que al momento del nombramiento de la señora Liliana Jaramillo Mutis (reemplazo del demandante), a través de la Resolución 585 de 27 de junio de 2002 no los acreditó.

Censura la actitud de la CNTV, pues a pesar de existir la prohibición legal de nombrar para el desempeño del cargo público a personas que no reúnan los requisitos legales, procedió a designar a quien no los acreditaba, burlando la reglamentación expedida por la misma entidad conllevando una desviación de poder pues el fin que motivó a la Administración para la expedición del acto acusado fue el de beneficiar a un particular que no reunía los requisitos para el cargo, en contravía de la satisfacción del interés general.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver la controversia, previa las siguientes:

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala decidir sobre la legalidad de la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del actor en el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno de la Comisión Nacional de Televisión, o si por el contrario adolece de causal de nulidad.

ACTOS ACUSADOS

1. Acta No. 0910 de **27 de junio de 2002**, mediante la cual la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión decidió declarar insubsistente al actor en el cargo de Jefe de Control Interno. (fls. 2-12 cno. ppal)

2. Resolución No. 585 de **27 de junio de 2002**, proferida por el Director de la Comisión Nacional de Televisión, por la cual se declaró insubsistente el nombramiento en el cargo de Jefe de Oficina, grado 20 de la Oficina de Control Interno de la Planta de Personal de la Comisión Nacional de Televisión. (fl. 13 cno. ppal)

ANÁLISIS DE LA SALA

Naturaleza del Cargo

La Ley 182 de 1995, publicada en el Diario Oficial No. 41681 de 20 de enero del mismo año, establece la Regulación del Servicio de Televisión, Políticas para su Desarrollo y conforma la Comisión Nacional de Televisión entre otros.

El artículo 15 ídem, prevé el siguiente tenor literal:

*“FUNCIONARIOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE TELEVISIÓN. Los empleados de la Comisión Nacional de Televisión tendrán la calidad de empleados públicos, y como tales estarán sometidos al correspondiente régimen constitucional y legal de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades. **Son empleados de libre nombramiento y remoción aquellos que estén adscritos al nivel directivo de la Comisión, o que no perteneciendo a éste desempeñen cargos de dirección o confianza. Los demás empleados serán de carrera administrativa.**” (Se Resalta)*

A su vez, el artículo 1 de la Resolución No. 079 de 31 de octubre de 1995 (fls. 145-155 cno. 2), clasifica el Cargo de Jefe de Oficina, grado 20, como Directivo – Asesor, quedando establecida su naturaleza como de libre nombramiento y remoción.

Vinculación Laboral

Por Resolución No. 0893 de 12 de octubre de 2000, el Director de la CNTV, nombró al demandante como Contador Público Titulado, en el cargo de Jefe de Oficina, grado 20 de Control Interno, con una asignación básica de \$5'961.487. (fl. 264 cno. ppal)

Por Oficio de 15 de julio de 2002, el Secretario de la CNTV certificó que Gerardo Terán Malagón prestó sus servicios desde el 26 de octubre de 2000 hasta el 27 de

junio de 2002, en el cargo de Jefe de Oficina Control Interno, grado 20, devengando una remuneración de \$12'043.699. (fl. 145 cno. ppal)

Insubsistencia, Reemplazo y Encargo

Por Acta No. 10 de **27 de junio de 2002**, la Junta Directiva de la CNTV además de declarar insubsistente al demandante, nombró como su reemplazo a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis como Jefe de Control Interno, y encargó de tales funciones a la Dra. Jennifer Jordán Rubio. (fl. 8 cno. ppal)

Manual de Funciones y Requisitos del Cargo.

Mediante la Resolución No. 348 de **12 de abril de 2002**, la Junta Directiva de la CNTV, adoptó el Manual de Funciones y Requisitos de los Empleos de la Planta de Personal, en virtud de las facultades legales y en especial las que le confiere el artículo 12, literales a.) y g.) de la Ley 182 de 1995, dispuso los requisitos para el empleo de Jefe de Oficina de Control Interno, grado 20, dependiente del Director.

Conforme se desprende a folio 78 del cuaderno principal y sin que exista contradicción, los requisitos para desempeñar el cargo de Jefe de Oficina de Control Interno dependiente del Director, eran los siguientes:

“III. REQUISITOS.

Formación Académica.

*Título de Formación Universitaria profesional en **Contaduría Pública.***

Título de Formación Avanzada o Postgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.

Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la ley.

Experiencia.

Seis (6) años Profesional.” (Negrillas)

Por Acta No. 911 de **2 de julio de 2002** (2 meses y 5 días después), la Junta Directiva de la Comisión Nacional de Televisión delegó en su Director la modificación del Manual de Funciones y Requisitos de la CNTV en lo que respecta al perfil requerido para ocupar el cargo de Jefe de Control Interno. (fls. 59-68)

Con Memorando de **2 de julio de 2002**, (fl. 69) el Director de la CNTV en uso de la atribución prevista por el Acta No. 911 de la misma fecha, procedió a modificar el Manual de Funciones y Requisitos para el Cargo de Jefe de Oficina de Control

Interno, comunicándose a la Subdirectora de Recursos Humanos y Capacitación, con el siguiente tenor literal:

“III. REQUISITOS (Modificación Acta Junta Directiva No. 911 del 2 de julio de 2002)

Formación Académica.

Título de Formación Universitaria profesional en Derecho, Economía, Administración de Empresas, Ingeniería Industrial, Contaduría Pública o Ciencias Sociales.

Título de Formación Avanzada o Postgrado en un área relacionada con las funciones del cargo.

Tarjeta profesional en los cargos reglamentarios por la ley.

Experiencia.

Seis (6) años Profesional.”

Acreditación de Requisitos para el Cargo.

Conforme consta en los Formatos Únicos de Hoja de Vida obrantes en el plenario, las calidades y experiencia acreditadas por el actor y su posterior reemplazo son las siguientes:

	Gerardo Terán Malagón. (fls. 86-90 cno. 2)	Liliana Jaramillo Mutis. (fls. 128-132 cno. ppal)
Formación Profesional	Universidad Libre: Contador Público.	Universidad del Rosario: Abogada.
Postgrados	Universidad de los Andes: Especialista en Legislación Financiera.	Universidad de los Andes: Especialista en Derecho Comercial
Otros Estudios	<ul style="list-style-type: none"> • Gerencia Financiera. • Finanzas Internacionales. • Balance store card. • Derivados financieros. • Office y otros. • Redacción avanzada. • Ajustes por inflación. • Encuentro Nal. de Control Interno. • Análisis de Flujos. • Otros. 	En blanco
Publicaciones, Investigaciones, Logros e Idiomas		<ul style="list-style-type: none"> • Riesgos en la contratación estatal (Banco Mundial). • La Extradición en Colombia. • Referencia de la corrupción en Colombia. • Otros. • Otros Idiomas: Inglés y Francés.
Experiencia	Total Experiencia 22 años, 1	<ul style="list-style-type: none"> • Comisión Nacional de

Laboral	mes y 19 días. <ul style="list-style-type: none"> • Comisión Nacional de Televisión. • Bancoldex (18-06-1992 a 8-04-1998) • La Villas (16-5-1991 a 30-06-1992) • KPMG (27-06-1983 A 30-09-1988) • Granahorrar (20-9-1978 a 9-8-1983) 	Televisión –Oficina Control Interno. Ingreso 12-07-02. <ul style="list-style-type: none"> • Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (01-05-2001 a 30-06-2002) • AID- Ministerio del Interior, 3 meses. • Personería de Bogotá, D.C., (27-05-1989 A 6-7-1993) • Contraloría General. (04-1985 a 08-1986)
---------	--	--

CASO CONCRETO

MODIFICACIÓN DEL MANUAL DE FUNCIONES Y REQUISITOS.

Si bien es cierto que la entidad demandada, en virtud de la Autonomía Administrativa otorgada por los artículos 76 y 77 de la Constitución Nacional y conforme lo establece la Ley de creación 182 de 1995, por tratarse de una Entidad Autónoma Independiente puede fijar y modificar el Manual de Funciones y Requisitos de la Planta de Personal, también lo es, que lo discutido en el *sub-lite* se orientó a establecer si la modificación de los requisitos para el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno se dispuso con la intención de favorecer el reemplazo del demandante, y no las atribuciones legales de administración de la Planta de Personal.

Al momento de nombrar al reemplazo del actor, esto es, a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis, estaba vigente el Manual de Funciones y Requisitos para el cargo previsto en la Resolución No. 348 de **12 de abril de 2002** que ordenaba acreditar para el desempeño del cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, entre otros, *el título de Contaduría Pública*.

La Sala no discute la necesidad de imponer nuevos requisitos para los empleos dentro de la Función Pública, pero la premura, velocidad y delegación con que la entidad actuó en el *sub-exámime*, advierte el favorecimiento a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis para que pudiera posesionarse en el cargo, pues como se dijo, al momento del nombramiento acreditaba el título en Derecho y no el de Contaduría Pública, siendo modificada tal situación para incluir aquella profesión y otras, cinco (5) días después de su designación, por Acta No. 911 de **2 de julio de 2002**,

demostrándose una evidente desviación de poder en detrimento del señor Gerardo Terán Malagón.

A simple vista se advierte que la modificación de los requisitos del cargo no estuvo precedida de un estudio objetivo efectuado por la CNTV con miras a determinar los requisitos para desempeñar el empleo público, sino que a los cinco (5) días del nombramiento se ordenó incluir otras profesiones, entre ellas el Derecho, para que la Dra. Lilibiana Jaramillo Mutis pudiera fungir como Funcionaria Pública.

Pese a que el recurso de alzada expresó que la CNTV en reiteradas oportunidades ha modificado el Manual de Funciones y Requisitos en procura del mejoramiento del servicio, para la Sala no existía razón suficiente para ordenar una nueva modificación del Manual de Funciones y Requisitos dado que sólo habían transcurrido dos (2) meses y cinco (5) días de la expedición de la Resolución No. 348 de 12 de abril de 2002, *“Por la cual se adopta el Manual de Funciones y Requisitos de los empleos de la Planta de Personal de la Comisión Nacional de Televisión”*, sin que en dicha ocasión se hubiera modificado tal situación.

Además, la delegación de la Junta Directiva de la CNTV para que el Director dispusiera la modificación de los requisitos, advierten el afán y la premura con que se obró para que la Dra. Lilibiana Jaramillo Mutis se pudiera posesionar dentro de los parámetros “legales”, informando tal situación a la Subdirectora de Recursos Humanos y Capacitación de la CNTV mediante un memorando.

Ahora bien, respecto de la modificación del Manual de Funciones y Requisitos para poder nombrar a un Funcionario en reemplazo de otro declarado insubsistente, esta Sala ha dicho lo siguiente:

“La conducta desplegada por el nominador al adecuar el Manual de Funciones a las necesidades de las personas que van a desempeñar el cargo es ajena al buen servicio público, máxime cuando se reemplaza a un funcionario con experiencia por una persona que ni siquiera cumple los requisitos para el ejercicio del cargo, lo que lo lleva a adecuar el Manual de Requisitos a las condiciones personales de la persona a quien pretenda promocionar. Para la Sala esta conducta evidencia no sólo la desviación de poder alegada sino un burdo manejo de las reglas de administración de personal que gobiernan la función pública, actitud tanto más reprochable cuanto tal proceder provino del Departamento Administrativo de la Función Pública, entidad que por

disposición legal tiene a su cargo no sólo el mantenimiento sino la implementación de políticas generales relacionadas con la administración del potencial humano al servicio del Estado. Este tipo de manejos vulnera los principios rectores de la actividad administrativa, entre ellos la moralidad y el interés general, la eficiencia y la probidad, y el juez de lo contencioso administrativo no puede cohonestarlos, menos cuando provienen del organismo estatal encargado de controlar el manejo del personal a servicio de Estado. Como la presunción de legalidad que amparaba al acto acusado resuelta desvirtuada, deben prosperar las pretensiones de la demandada, razón por la cual el proveído impugnado que las negó debe ser revocado.”¹

La conducta desplegada por parte del CNTV al momento de modificar los Requisitos para el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, contiene por su brevísima temporalidad, un nexo causal entre el nombramiento del reemplazo del demandante y su beneficio, en desmedro de la parte actora, el buen servicio y el interés general, demostrándose una evidente desviación de poder.

DISCRECIONALIDAD DEL RETIRO

Esta Sala en reiterados pronunciamientos ha sostenido que aunque el cargo sea de aquellos denominados de libre nombramiento y remoción, la facultad discrecional debe ser utilizada con la finalidad de buscar el mejoramiento del servicio, pues no podría existir otra justificación para emplear tal instrumento como lo prevé el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, con el siguiente tenor literal:

“Decisiones discrecionales. 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.”

Dicho en otros términos, si el artículo 209 de la Constitución contempla que “...la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”, la facultad discrecional debe propender por lograr este contenido, Vr. Gr., el interés general y los principios allí previstos,

¹ Sentencia de 13 de octubre de 2005, M.P. Dr. Jesus Maria Lemos Bustamante, Rad. No. 25000-23-25-000-1999-05050-01(2906-03), Actor: Arturo Fredi Mosquera Becerra.

materializados en las necesidades y mejoramiento del servicio así como por razones de este.

La sentencia de la Sección Segunda, Subsección "B" del Consejo de Estado de 13 de octubre de 2005, M. P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Rad. No. 25000-23-25-000-1999-05050-01(2906-03), Actor: Arturo Fredi Mosquera Becerra, indicó que tratándose de empleados que han desempeñado una excepcional labor, debe la Administración demostrar las razones que tuvo para declarar insubsistente el nombramiento, encontrándose en el *sub-lite*, que la CNTV limitó su defensa a demostrar la facultad que tiene para modificar el Manual de Funciones y Requisitos omitiendo probar las razones del buen servicio que llevaron a declarar insubsistente el nombramiento de Gerardo Terán Malagón, con el siguiente tenor literal:

"De acuerdo con la anterior documental la desvinculación de que fue objeto el señor Mosquera Becerra obedeció a estrictas necesidades del servicio. Sin embargo, dada la trayectoria del actor en la entidad, y su correcto desempeño y la ausencia de sanciones, correspondía a la entidad demandada demostrar en el transcurso del proceso, a través de los medios de prueba establecidos en la ley, "las estrictas necesidades del servicio" que la llevaron a reemplazar a un funcionario de las condiciones del demandante con una antigüedad de más de 28 años de servicio. Ahora Bien el ente demandado no aportó ninguna probanza demostrativa de las necesidades del servicio que la llevaron a designar su reemplazo del actor a una socióloga. Ninguna actividad desplegó la administración para defender la presunción de legalidad de su decisión y para la Sala no existen las razones alegadas por la demandada. Esta tesis fue corroborada en sentencia No. 2468 de 22 de junio de 2000, actor: Pastor Baena Gutiérrez, Magistrado Ponente: Doctor: Carlos A. Orjuela Góngora, en la que se sostuvo: "...No resulta razonable, como en este caso, que una persona con una excelente hoja de vida, buen funcionario, con experiencia en la institución y en el cargo digna de resaltar, de la noche a la mañana pase a ser un funcionario inconveniente para la administración. Tampoco se puede presumir, ligeramente, que su retiro se produjo en aras del mejoramiento del servicio. El nominador, goza de un margen discrecional razonable en la escogencia frente a los empleados de libre nombramiento y remoción, pero esto no quiere decir que pueda removerlos o nombrarlos de manera caprichosa o arbitraria, desconociendo sus calidades experiencia e idoneidad en el desempeño de las funciones, en este supuesto las razones deben ser objetivas, sólidas y explícitas."

Como quedó establecido, la CNTV no demostró fehacientemente que el reemplazo del señor Gerardo Terán Malagón haya mejorado el servicio, todo lo contrario, además de encontrarse demostrada la desviación de poder al modificarse el Manual de Funciones y Requisitos, es claro que dentro del plenario se debieron esgrimir al menos las calidades que mejoraban los requisitos y

experiencia que acreditó el demandante exponiendo razones claras, concretas y fundamentales en procura del interés general.

El argumento de la *confianza* que caracteriza los cargos de libre nombramiento y remoción, no es absoluto cuando se presenta la desviación de poder para favorecer intereses particulares, sin que deba probar el actor, como pretende la entidad demandada, la desmejora en el servicio con el nombramiento de la Dra. Liliana Jaramillo Mutis.

Si como quedó visto, la CNTV debe probar las razones del buen servicio para declarar la insubsistencia, es a esta a quien le correspondía la carga probatoria según lo contemplado en el artículo 177 del C. de P. C²., sin que obre tal situación desvirtuándose las calidades de la Dra. Liliana Jaramillo Mutis respecto del señor Gerardo Terán Malagón conforme se desprende de la comparación efectuada a las Hojas de Vida aportadas al plenario.

DEL CONGRESISTA GERMÁN VARÓN COTRINO

Indica la impugnación el desacuerdo respecto del análisis efectuado por el *A-quo* en cuanto al parentesco de la Dra. Liliana Jaramillo Mutis con el Representante a la Cámara Dr. Germán Varón Cotrino, y que pudo configurar la desviación de poder con fines burocráticos y para obtener el “hundimiento” de la supresión de la CNTV que por aquellos días cursaba en el Congreso de la República.

Sobre el particular, aunque dentro del expediente reposan varios artículos periodísticos (fls. 81-89) relacionados con el “*Tráfico de Influencias en CNTV*”, la Sala verifica que el material probatorio no es contundente en demostrar que por el vínculo de afinidad con el Representante a la Cámara se haya producido el nombramiento de su cónyuge.

SOLICITUD DE NULIDAD

Respecto de la solicitud de nulidad manifestada por la CNTV dentro de los alegatos de conclusión, fundada en el numeral 9 del artículo 140 del C.P.C.³, pues

² “CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

³ El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...)

9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas de deban

en su sentir se omitió la integración del *litis consorcio necesario*, como quiera que no se vinculó al proceso a la Dra. Liliana Jaramillo Mutis quien ejerce el cargo al que se reintegraría el demandante, violándose sus derechos del Debido Proceso, Defensa y Contradicción, considera la Sala que:

La entidad demandada tuvo la oportunidad de alegar dicha nulidad al momento de la contestación de la demanda, sin que ahora cuente con la oportunidad procesal para tal efecto, conforme lo prevé el artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 1, numeral 83 del Decreto 2282 de 1989, aplicable por expresa remisión del artículo 267 del C.C.A., con el siguiente tenor literal:

*“REQUISITOS PARA ALEGAR LA NULIDAD. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, **ni quien no la alegó como excepción previa, habiendo tenido oportunidad para hacerlo.***

La parte que alegue una nulidad deberá expresar su interés para proponerla, la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y no podrá promover nuevo incidente de nulidad sino por hechos de ocurrencia posterior.

*La nulidad por indebida representación o **falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada.***

***El juez rechazará de plano** la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo, **en hechos que pudieron alegarse en excepciones previas** u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de nulidad, o que se proponga después de saneada.*

No podrá alegar la causal de falta de competencia por factores distintos del funcional, quien habiendo sido citado legalmente al proceso no la hubiere invocado mediante excepciones previas.

Tampoco podrá alegar las nulidades previstas en los numerales 5. a 9. del artículo 140, quien haya actuado en el proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla.

Cuando se declare la nulidad por falta de competencia, se procederá como dispone el penúltimo inciso del artículo siguiente.”(Negrillas y Subrayas)

Esta preceptiva vislumbra que la entidad demandada no podía proponer la nulidad deprecada con la finalidad de retrotraer el proceso al momento de su admisión, pues no cumple con los presupuestos procesales para tal situación, a saber:

suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.

PARAGRAFO. <Parágrafo condicionalmente exequible> Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece.

1. Haberla alegado dentro de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.
2. Ser alegada por la persona afectada, en este caso la Dra. Liliana Jaramillo Mutis, por tratarse de la falta de notificación o emplazamiento, y;
3. Por fundarse en la causal 9 del artículo 140 del C.P.C., debiendo haber sido propuesta por la CNTV al momento de actuar procesalmente en el *sub-lite*.

Por lo que, para la Sala no existe duda que de conformidad con lo previsto en el artículo 143 ibídem, dicha causal de nulidad deberá ser rechazada de plano.

De lo visto anteriormente, concluye la Sala que si bien el actor fue nombrado en un cargo de libre nombramiento y remoción, la CNTV excedió los límites de la facultad discrecional al declararlo insubsistente en el cargo con la finalidad de vincular a la Dra. Liliana Terán Malagón sin que al momento de su nombramiento cumpliera con el requisito del título universitario en Contaduría Pública, forzando la modificación del Manual de Funciones y Requisitos para que pudiera acreditar el título de Abogada al momento de su posesión, demostrándose la desviación de poder que amerita confirmar la decisión de primera instancia.

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

FALLA

1. **RECHÁZASE** de plano la nulidad fundada en la causal 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, conforme a lo expresado en la parte motiva de la presente providencia.
2. **CONFÍRMASE** la sentencia del 7 de septiembre de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por Gerardo Terán Malagón contra la Comisión Nacional de Televisión.

UNA VEZ EN FIRME DEUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión de la fecha.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ