



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

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)

Demandante: Municipio de Tunja

Demandado: María Fernanda Sandoval Borda

Temas: Devolución de sumas percibidas durante una vinculación sin cumplimiento de requisitos para el desempeño del cargo

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el municipio de Tunja contra la sentencia proferida el 26 de febrero de 2020 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por medio de la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda¹

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo - CCA, el municipio de Tunja, por conducto de apoderada, formuló demanda en orden a que se declare la nulidad parcial del Decreto 0414 del 26 de diciembre de 2011, expedido

¹ Folios 2 a 15.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

por el alcalde de dicho ente territorial, en cuanto trasladó a la señora María Fernanda Sandoval Borda del cargo de secretaria de despacho, código 20, grado 9, de la Secretaría Jurídica, al de jefe de oficina asesora, código 115, grado 6, de la Oficina de Control Interno de Gestión, ambos adscritos a la planta de personal de la entidad demandante.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, el municipio de Tunja solicitó condenar a la demandada a devolver los sueldos devengados desde el momento en que fue designada en la Oficina de Control Interno de Gestión del referido ente.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, la apoderada de la parte demandante señaló los siguientes:

i) Mediante Decreto 0414 del 26 de diciembre de 2011, el alcalde del municipio de Tunja trasladó a la señora María Fernanda Sandoval Borda del cargo de secretaria de despacho, código 20, grado 9, de la Secretaría Jurídica, al empleo de jefe de oficina asesora, de la Oficina de Control Interno de Gestión, ambos adscritos a la planta de personal de la entidad demandante.

ii) El 4 de enero de 2012, la alcaldía le solicitó a la demandada aportar los documentos que acreditaran el cumplimiento de los requisitos para desempeñar el empleo al cual fue trasladada.

iii) El 5 de enero de 2012 la señora Sandoval Borda precisó que su hoja de vida reposaba en la administración municipal y agregó que los actos de contenido particular no pueden ser revocados sin el consentimiento del interesado.

iv) Luego de adelantar una investigación administrativa, el municipio de Tunja concluyó que la demandada no cumplía con los requisitos para desempeñarse como



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

jefe asesora de la Oficina de Control Interno, por lo que le pidió su consentimiento para revocar el acto de nombramiento, pero ella no otorgó tal autorización.

v) Por Resolución 55 del 13 de abril de 2012, el alcalde dispuso adelantar las actuaciones tendientes a obtener la nulidad del Decreto 0414 del 26 de diciembre de 2011, a partir de lo cual se realizó audiencia de conciliación extrajudicial, pero se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales se señalaron los artículos 28, 34, 35, 73 y 74 del CCA;² 5 y 6 de la Ley 190 de 1995; 1, 9, 25 y 35 (numeral 12) de la Ley 734 de 2002; 41 de la Ley 909 de 2004; 8 y 135 de la Ley 1474 de 2011; Circular Externa 100-02 del 5 de agosto de 2012, expedida por el DAFP.³

Al desarrollar el concepto de violación, la apoderada del municipio de Tunja expuso lo siguiente:

i) Para desempeñarse como jefe asesor de la Oficina de Control Interno se requiere acreditar 3 años de experiencia en asuntos relacionados con esa área; sin embargo, la demandada no demostraba tal exigencia.

ii) El servidor público incurre en una conducta dolosa cuando se posesiona de un empleo para el que no cuenta con los requisitos.

iii) El artículo 9, parágrafo transitorio, de la Ley 1474 de 2011 no permite concluir que quienes estuvieran ejerciendo el cargo de jefe asesor de control interno al 31 de diciembre de 2011 estén exceptuados de cumplir los requisitos que previó esa norma para ocuparlo; por el contrario, aquellos debían observarse a partir de la entrada en vigencia de las nuevas disposiciones en la materia, esto es, el 12 de julio

² Código Contencioso Administrativo.

³ Departamento Administrativo de la Función Pública.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

de 2011. Además, el legislador pretendió salvaguardar la situación de quienes venían laborando en virtud de las disposiciones anteriores; sin embargo, la accionada no fue nombrada con antelación a la expedición de la mencionada Ley, sino el 26 de diciembre de 2011.

iv) La demandada no otorgó su consentimiento para revocar el acto que la nombró en un cargo sin cumplimiento de requisitos, por lo que se hizo necesario deprecar su nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1.2. Contestación de la demanda

La señora María Fernanda Sandoval Borda se opuso a las pretensiones de la demanda y esgrimió las siguientes razones de defensa:⁴

i) La administración tiene la obligación de verificar que el personal que va a nombrar en determinado cargo cumpla todos los requisitos para desempeñarlo.

ii) La accionada tenía el perfil para fungir como jefe asesora de la Oficina de Control Interno, pues durante su experiencia laboral ejerció funciones afines a dicha área e inclusive ocupó esa posición en el municipio de Tunja entre el 31 de agosto y el 1 de diciembre de 2010; por lo tanto, era razonable que no otorgara su consentimiento para que se revocara el acto de nombramiento en ese empleo, pues la designación era legal. Además, estaba amparada por la transición prevista por la Ley 1474 de 2011, que le permitía seguir vinculada hasta finalizar el año 2013, cuando debía designarse a otra persona, tal como ocurrió en el *sub lite*.

iii) No es procedente la devolución de los salarios percibidos por la señora Sandoval Borda, pues tal petición conduce a un enriquecimiento sin justa causa para el municipio de Tunja y vulnera las garantías mínimas laborales, así como el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas. En efecto, la demandada prestó sus

⁴ Folios 335 a 338 y 340 a 367.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

servicios en el empleo en comento, cumplió normalmente el horario, adelantó actuaciones que conservan su validez y desarrolló todas las funciones inherentes a la posición ocupada. En consecuencia, tenía derecho a recibir los salarios y prestaciones sociales establecidos para ese cargo.

iv) La buena fe de la demandada también encuentra respaldo en el hecho de que en el presente proceso se negó la solicitud de suspensión provisional solicitada por la parte actora, puesto que no resultaba evidente que el acto acusado quebrantara el ordenamiento jurídico superior. Esta decisión fue confirmada por el Consejo de Estado.

v) El alcalde de Tunja, mediante el acto enjuiciado, trasladó a la accionada del cargo de secretaria de despacho de la Secretaría Jurídica al de jefe asesora de la Oficina de Control Interno, por ende, debe partirse de la base de que los empleos objeto de esa figura tenían funciones afines y requisitos similares para su ejercicio, conforme lo prevé el Decreto 1950 de 1973. De esta manera, se concluye que la demandada debía atender la designación hecha por su superior.

vi) Se propone la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales e indebida acumulación de pretensiones.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia del 26 de febrero de 2020, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:⁵

i) No se encuentra probada la excepción de ineptitud de la demanda, pues su contenido corresponde al previsto por los artículos 137, 138 y 139 del CCA.

⁵ Folios 394 a 421.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

ii) La Ley 1474 de 2011 dispuso que para ejercer el cargo de asesor, coordinador o auditor interno se debía demostrar formación profesional y experiencia mínima de 3 años en asuntos de control interno.

iii) Mediante Concepto 164791 del 29 de octubre de 2013 el DAFP explicó que los nombramientos que se efectuaron a partir de la entrada en vigencia de la referida norma, esto es, 12 de julio de 2011, debían atender a los nuevos requerimientos.

iv) La accionada únicamente acreditó 1 año, 3 meses y 23 días como experiencia relacionada en asuntos de control interno, por ende, no cumplía con los requisitos previstos para desempeñar el cargo al que fue trasladada mediante el acto acusado, razón por la que se decreta su nulidad.

v) No se ordena la devolución de los salarios percibidos por la señora Sandoval Borda, ya que se presume que fueron recibidos de buena fe, pues actuó bajo la convicción de acreditar los presupuestos para ejercer el cargo de jefe asesora de la Oficina de Control interno, por lo que tenía derecho a devengar la respectiva remuneración. Además, de acuerdo con el artículo 50 del Decreto 1950 de 1973, el municipio de Tunja debía verificar que la accionada cumpliera con los requisitos para su designación, por ende, la entidad no puede alegar su propia culpa para obtener el restablecimiento invocado.

1.4. El recurso de apelación

El apoderado del municipio de Tunja interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia con base en los siguientes argumentos:⁶

i) El 26 de diciembre de 2011, por Decreto 0414, el alcalde de Tunja nombró a la señora María Fernanda Sandoval Borda como jefe de la Oficina de Control Interno; sin embargo, 9 días después se le solicitó que remitiera los documentos que

⁶ Folios 427 a 430.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

acreditaban el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 1474 de 2011 para desempeñar ese cargo.

ii) La interesada respondió que la hoja de vida reposaba en la administración y que no era posible revocar un acto de contenido particular sin el consentimiento expreso del beneficiario.

iii) En consideración a la anterior respuesta, la administración adelantó una investigación en contra de la accionada en la que tuvo oportunidad de rendir descargos y solicitar pruebas. Además, se le solicitó su consentimiento para revocar el nombramiento, pero no fue posible obtenerlo, razón por la que fue necesario promover la presente demanda.

iv) La referida actuación administrativa culminó con la Resolución 055 del 13 de abril de 2012 en la cual se concluyó que la señora Sandoval Borda no cumplía con los requisitos para «aceptar, acceder, posesionarse y desempeñar» el mencionado empleo.

v) El anterior recuento demuestra que la demandada conoció oportunamente la irregularidad de su vinculación y a pesar de que la investigación administrativa culminó con un resultado adverso a sus intereses, se negó a otorgar su consentimiento para revocar el acto de nombramiento y corregir el yerro en que incurrió el municipio de Tunja al nombrarla como jefe de la Oficina de Control Interno.

vi) La persistencia de la señora Sandoval Borda en seguir desempeñando un empleo para el que no contaba con el perfil requerido por el legislador «constituye un acto de mala fe», pues en su debida oportunidad pudo separarse del cargo y acatar las conclusiones que arrojó la referida investigación, la cual se adelantó con respeto de su derecho al debido proceso. En efecto, si la demandada hubiera autorizado la revocatoria de su nombramiento «no se habrían causado erogaciones con destino al pago de sus salarios».



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

vii) De acuerdo con la Sentencia C-1194 de 2008, los servidores públicos deben obrar de buena fe, pero en el *sub lite* las pruebas demuestran que la señora Sandoval Borda no atendió a los postulados constitucionales y jurisprudenciales que han desarrollado ese principio.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes demandante y demandada reiteraron los argumentos expuestos en las respectivas etapas del proceso.⁷

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

El artículo 328 del Código General del Proceso dispone que el juez de segunda instancia debe pronunciarse «solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante».

Teniendo en cuenta que en el presente caso el municipio de Tunja actúa como apelante único, el problema jurídico se contrae a determinar si la señora María Fernanda Sandoval Borda debe reintegrarle los salarios y prestaciones que percibió mientras se desempeñó como jefe de la Oficina de Control Interno de dicho ente territorial, en virtud de la designación efectuada mediante el Decreto 0414 del 26 de

⁷ Memoriales visibles en la plataforma SAMAI del Consejo de Estado.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

diciembre de 2011.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial

2.2.1. Revocatoria del nombramiento

El artículo 122 de la Constitución Política dispone que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento.

A su vez, el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 precisó que el empleo público es el núcleo básico de la función pública y se entiende como el «conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado».

Por su parte, el artículo 41 *ibidem* estableció como causal de retiro del servicio la «revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen». El tenor de la última disposición citada es el siguiente:

Artículo 5. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por tres (3) años.⁸

⁸ La Sentencia C-631 de 1996 declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso «bajo el entendido de que la inhabilitación allí prevista constituye una sanción accesoria que debe ser impuesta a través del correspondiente proceso penal o disciplinario».



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

El Consejo de Estado ha explicado que la referida norma se encamina a satisfacer el interés general y materializar el principio de la moralidad administrativa.⁹ A su vez, la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-672 de 2001, declaró la exequibilidad del inciso primero antes transcrito, con base en los siguientes razonamientos:

i) Cualquier ciudadano o funcionario que advierta que se ha producido un nombramiento o posesión en un cargo sin el cumplimiento de los requisitos para su ejercicio, deberá solicitar inmediatamente su revocatoria.

ii) Una vez recibida la solicitud o advertida por la autoridad competente la referida irregularidad, se deberá adelantar el procedimiento para revocar el acto de nominación o de posesión en los términos previstos en los artículos 69 a 74 del CCA, con el fin de salvaguardar el debido proceso y el principio de buena fe. En esta actuación se deberá citar al beneficiario de la decisión que se pretende dejar sin efectos, permitirle allegar o solicitar pruebas y, en general, garantizar su derecho de audiencia y defensa, conforme lo establecen los artículos 14, 28, 34 y 35 *ibidem*.

Se observa que para el momento en que se estudió la exequibilidad del artículo 5 de la Ley 190 de 1995, se encontraba rigiendo el CCA, normativa que también debe aplicarse para el caso concreto, pues durante su vigencia se expidió el acto acusado y se radicó la presente demanda.

iii) El artículo 73 del CCA determinó que para revocar los actos que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, la administración está obligada a obtener el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular, en aras de preservar los derechos adquiridos, la seguridad jurídica de los asociados y la presunción de legalidad de las decisiones administrativas en firme.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, sentencia del 28 de septiembre de 2006, radicado: 25000-23-25-000-2003-07699-01(6150-05).



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

iv) La administración estaba facultada para revocar unilateralmente el acto particular y concreto sin el consentimiento del afectado si hubiera ocurrido por medios ilegales, conforme lo autorizaba el artículo 73, inciso 2, del CCA -en la actualidad el CPACA contiene una regulación diferente-. En efecto, cuando «en el origen de la situación jurídica individual que se reclama, existe un vicio conocido por la administración, no puede permanecer sustentando un derecho, como si se hubiese adquirido al amparo de la ley».¹⁰ De esta manera, el alegado derecho queda desprovisto de protección por parte del ordenamiento jurídico, «pues nunca lo ilícito genera derechos».¹¹

v) La anterior potestad es excepcional y, por lo tanto, debe ser entendida y aplicada con carácter restrictivo.

vi) La revocatoria del acto de nombramiento o de posesión debe indicar las razones que llevaron a la administración al convencimiento de que hubo una manifiesta ilegalidad, ya que en tal evento «la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias».¹²

Con fundamento en los anteriores argumentos, la Corte Constitucional estableció dos consecuencias diferentes dependiendo de las situaciones que rodearon la expedición del acto de nombramiento o la posesión, a saber:

1. «Si la persona que asumió el cargo sin el cumplimiento de los requisitos obró de buena fe, circunstancia que ha de presumirse¹³, la revocatoria del acto

¹⁰ Sentencia T-336 de 1997.

¹¹ Sentencia T-336 de 1997.

¹² Sentencia C-672 de 2001.

¹³ No solo la aplicación del artículo 83 constitucional resulta pertinente, sino que debe tenerse en cuenta el procedimiento que señalan los artículos 1 a 4 de la Ley 190 de 1995, cuyas previsiones muestran que la administración y el particular han tenido la oportunidad de verificar el cumplimiento de los requisitos



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

respectivo solo podrá efectuarse previa manifestación de su consentimiento y en cumplimiento del procedimiento señalado en el artículo 74 C.C.A.».¹⁴

2. «En el caso de que resulte manifiesta la utilización de medios ilegales no solamente procederá la revocatoria sin necesidad del consentimiento del implicado, respetando en todo caso el procedimiento señalado en el artículo 74 C.C.A., sino que serán aplicables las sanciones a que haya lugar dentro del proceso penal o disciplinario respectivo, incluida la inhabilidad que establece el inciso segundo del artículo 5° atacado».¹⁵

2.2.2. Aplicación de la buena fe ante nombramientos sin requisitos legales

El artículo 83 de la Constitución Política dispone que «las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas».

Así las cosas, la buena fe se presume en todos los actos de los particulares y de las autoridades, pero, por tratarse de una presunción legal, admite prueba en contrario, de manera que quien lo alegue debe probar que se actuó de mala fe.¹⁶

Esta corporación ha analizado la buena fe cuando una persona ha sido nombrada sin el cumplimiento de requisitos legales bajo dos ópticas distintas, esto es, dependiendo de si el servidor se condujo con lealtad o si se valió de maniobras fraudulentas para obtener su designación en el cargo. En ambos casos se ha negado la devolución de los emolumentos percibidos durante la vinculación irregular con fundamento en los siguientes argumentos:

respectivos y ello tanto en el caso de la designación como en el de la suscripción del contrato (Sentencia C-236/97M.P. Fabio Morón Díaz)

¹⁴ Sentencia C-672 de 2001.

¹⁵ Sentencia C-672 de 2001.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-071 de 2004.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

1. Primer escenario – buena fe. En esta hipótesis se destaca el siguiente lineamiento jurisprudencial:¹⁷

Así las cosas, por encontrarse configurado el vicio de infracción a la Ley se declara la nulidad del acto de nombramiento expedido dentro del periodo de la restricción legal. Como consecuencia de la declaratoria de nulidad, considera la Sala que en este caso no hay lugar a exigir la devolución de los salarios y prestaciones percibidos por el señor Luis Fernando Ulloa Vergara, **en virtud de la presunción legal contenida en el artículo 136 numeral 2 del C.C.A, de haberlos recibido de buena fé, y por cuanto la ilegalidad de su nombramiento es imputable a la entidad.** En caso de que el tercero permanezca en el desempeño del cargo, su vinculación laboral terminará como consecuencia de la declaratoria de ilegalidad de su nombramiento. (Resalta la Sala).

De acuerdo con el anterior criterio, se ha concluido que el servidor que fue nombrado sin requisitos, pero se condujo con rectitud ante la administración, no está obligado a devolver los salarios que percibió mientras estuvo desempeñando el cargo, en aras de salvaguardar la presunción de buena fe y los consecuentes efectos ante situaciones que no son deseables, pero que terminan ocurriendo sin que medie una intervención dolosa por parte del beneficiado.

Bajo este contexto, se evidencia que el error en la designación es imputable a la administración y, por tal motivo, no es viable que alegue su propia culpa para recuperar unas sumas que había sufragado a una persona que estuvo vinculada mediante una relación legal y reglamentaria.

2. Segundo escenario – mala fe. En esta hipótesis se resalta la siguiente interpretación jurisprudencial:¹⁸

De esta forma, la buena fe que se presume respecto del particular, en este caso la señora Patiño Gutiérrez se encuentra claramente desvirtuada, en razón a que la intención de la demandada al presentar un documento falso era engañar a la administración y la hizo incurrir en la expedición de actos administrativos por medios ilegales.
[...]

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de abril de 2012, radicado: 25000-23-25-000-2006-04197-01(0461-09).

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 25 de junio de 2020, radicado: 05001-23-33-000-2013-00577-01 (3887-2016). Esta tesis fue reiterada por la Subsección B en sentencia del 15 de julio de 2021, radicado: 05001-23-33-000-2013-00960-01 (0785-2016).



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

Ahora bien, se advierte que las partes tenían el deber de obrar de forma correcta y con apego a la ley, conducta que como se probó, no atendió la demandada, pero también, puede observarse la desidia de la administración, dado que no cumplió con todos sus deberes y solo los ejerció hasta el año 2012, por tal motivo, la erogación injustificada se causó por su negligencia.

Bajo dicho entendido, el tiempo tan extenso entre un evento (vinculación de la demandada en el año 1993) y otro (averiguación administrativa por los documentos aportados en el año 2012), **tuvo ocurrencia porque la administración no desplegó el deber de diligencia para verificar los requisitos legales y, si bien, la señora Martha Lucía tenía la obligación de cumplir con sus compromisos, no puede olvidarse que fue la demora del municipio de Medellín lo que ocasionó el pago de los emolumentos que ahora reclama, esto es, el perjuicio, por esa razón la Sala considera aplicable el criterio de la compensación de culpas para no ordenar la devolución del dinero a pesar de que está demostrada la mala fe de la demandada.**

En todo caso es preciso señalar que la administración le tenía que cancelar a un empleado los respectivos salarios y prestaciones para que ejecutara la función que desempeñó la señora Patiño Gutiérrez, por lo que a pesar de que aquella no era la persona idónea para desempeñar el empleo, la entidad no dilapidó el dinero público. Aunado a ello, se insiste que dicha circunstancia se hubiera podido evitar si el municipio de Medellín hubiera validado los documentos e información aportados por la demandada antes de proceder a posesionarla, como era su obligación. (Resalta la Sala).

En el anterior antecedente jurisprudencial se negó la devolución de los emolumentos percibidos por una servidora que fue nombrada sin el cumplimiento de los requisitos legales debido a una conducta ilegal que le era imputable. Esta decisión se fundó en la figura de la compensación de culpas, ya que la administración fue negligente en el ejercicio del derecho de acción contra dicho nombramiento y se demostró la prestación efectiva del servicio, por ende, resultaba congruente la percepción del salario y tampoco se advertía una afectación injustificada al patrimonio público.

2.3. Hechos probados

- El 30 de agosto de 2010, por Decreto 0301, el alcalde de Tunja nombró a la señora María Fernanda Sandoval Borda como jefe oficina asesora, código 115, grado 6 de



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

la Oficina de Control Interno de Gestión.¹⁹ La servidora desempeñó dicho cargo entre el 31 de agosto de 2010²⁰ y el 1 de diciembre de ese año.²¹

- El 2 de diciembre de 2010, mediante Decreto 0388, el alcalde de Tunja nombró a la accionada como secretaria de despacho, código 20, grado 9, de la Secretaría Jurídica.²² La funcionaria ejerció ese empleo entre el 2 de diciembre de 2010²³ y el 25 de diciembre de 2011.²⁴

- El 26 de diciembre de 2011, mediante el Decreto 0414, el alcalde de Tunja trasladó a la señora María Fernanda Sandoval Borda «del cargo de SECRETARIA DE DESPACHO, Código 20 grado 09 de la Secretaría Jurídica, al cargo de JEFE OFICINA ASESORA, Código 115 Grado 06 de la Oficina de Control Interno de Gestión». Igualmente, se ordenó el traslado de la señora Diana Carolina Mora López, que estaba ocupando el último de los citados empleos, a la plaza de la que provenía la demandada, bajo la consideración de que «por necesidad del servicio se requiere realizar unos traslados de cargos de libre nombramiento y remoción».²⁵ La señora Sandoval Borda laboró como jefe de control interno entre el 26 de diciembre de 2011 y el 31 de diciembre de 2013.²⁶

- El 2 de enero de 2012, la señora Diana Carolina Mora López solicitó al alcalde de Tunja revocar directamente el anterior acto, en tanto se expedió en contravía del ordenamiento jurídico, por las siguientes razones: i) se desconoció que la peticionaria estaba incapacitada para el momento en que se hizo el traslado del

¹⁹ Folio 24.

²⁰ Según acta de posesión que obra en el folio 54 y certificaciones laborales que reposan en los folios 78 a 79 y 368 a 369.

²¹ Mediante Decreto 0386 del 2 de diciembre de 2010, se aceptó la renuncia al cargo (folio 60).

²² Folio 61.

²³ Según acta de posesión que obra en el folio 62 y certificaciones laborales que reposan en los folios 78 a 79 y 368 a 369.

²⁴ Información extraída de las certificaciones laborales que reposan en los folios 78 a 79 y 368 a 369. Adicionalmente, durante el referido lapso, por Decreto 0124 del 8 de abril de 2011, el alcalde del ente territorial demandante encargó a la señora Sandoval Borda de las funciones de gerente general de la Empresa Matadero de Tunja (folio 65). Dicho encargo se verificó entre el 8 de abril de 2011 (folios 66, 78 a 79 y 368 a 369) y el 28 de junio de ese año (folios 67, 78 a 79 y 368 a 369).

²⁵ Folio 24.

²⁶ Información extraída de las certificaciones laborales que reposan en los folios 78 a 79 y 368 a 369.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

cargo, por lo que no era posible realizar ese movimiento de personal y mucho menos permitir la posesión de otra persona, pues la titular se encontraba en licencia por enfermedad; ii) no se atendió a la necesidad del servicio; iii) los empleos objeto del traslado no tenían afinidad funcional y pertenecían a niveles diferentes; iv) la señora María Fernanda Sandoval Borda no acreditaba los requisitos mínimos previstos por la Ley 1474 de 2011 para desempeñarse como jefe de control interno; v) la referida norma «me concede el pleno derecho de seguir desempeñando el cargo que venía ocupando al 31 de diciembre pasado, otorgándome así una estabilidad laboral por el período fijo que la citada ley dispone».²⁷

- El 4 de enero de 2012, la secretaria administrativa del municipio de Tunja le solicitó a la demandada remitir los documentos que acreditaran los requisitos previstos por la Ley 1474 de 2011 para desempeñarse como jefe de control interno, «[c]on el propósito de atender la petición de revocatoria directa del Decreto 414 de 2011, formulada por la doctora DIANA CAROLINA MORA LÓPEZ».²⁸

- El 5 de enero de 2012, la accionada informó que su «historia laboral» reposaba en la administración municipal desde el 31 de agosto de 2010, cuando ingresó al cargo de asesora de control interno de gestión; además, dicha documentación demostraba que cumplía «con lo dispuesto en el párrafo transitorio del artículo 9° de la Ley 1474 de 2011». Agregó que el trámite de la revocatoria directa estaba regulado en el artículo 73 del CCA, cuyo tenor dispone que «[c]uando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular».²⁹

- El 7 de febrero de 2012, por Resolución 0021, el alcalde de Tunja dio apertura a la actuación administrativa tendiente a establecer si la señora María Fernanda Sandoval Borda cumplía los requisitos del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 para

²⁷ Folios 93 a 96.

²⁸ Folio 97.

²⁹ Folio 98.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

posesionarse y desempeñar el cargo de «asesor, coordinador o de auditor interno» del referido ente territorial. También se le concedió la oportunidad de ejercer el derecho de defensa y solicitar pruebas. Finalmente, se citó a la investigada para que manifestara su consentimiento con el fin de revocar el Decreto 0414 del 26 de diciembre de 2011.³⁰

- El 10 de febrero de 2012, la secretaria administrativa del municipio de Tunja requirió a la señora Sandoval Borda para que se acercara a dicha dependencia con el fin de que autorizara la revocatoria del mencionado decreto.³¹

- El 10 de febrero de 2012, la demandada expresó que no autorizaba la revocatoria del Decreto 0414 de 2011 y argumentó lo siguiente:³²

i) Se ha vulnerado el debido proceso, ya que desconoce el contenido de la solicitud de revocatoria directa que presentó la señora Diana Carolina Mora López; se le concedieron 2 días para ejercer su defensa, término que resulta insuficiente; y está en desacuerdo con haber sido citada con una antelación de 20 minutos para expresar su voluntad frente a una actuación de la que no está suficientemente enterada.

ii) La Ley 1474 de 2011 no es clara en cuanto a la fecha en que empezaban a regir los nuevos requisitos para desempeñarse como jefe de la Oficina de Control Interno, ya que el artículo 9 *ibidem* previó que «[p]ara ajustar el periodo de que trata el presente artículo, los responsables del Control Interno que estuvieren ocupando el cargo al 31 de diciembre del 2011, permanecerán en el mismo hasta que el Gobernador o Alcalde haga la designación del nuevo funcionario, conforme a la fecha prevista en el presente artículo».

³⁰ Folios 102 a 107.

³¹ Folio 100.

³² Folios 109 a 115.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

iii) La citada disposición es confusa en cuanto a los requisitos que debían cumplir quienes venían desempeñándose como jefes de control interno al 31 de diciembre de 2011, pues no es posible identificar si son los del artículo 8 de la Ley 1474 de 2011 o si se mantienen los de la Ley 87 de 1993, ya que la norma es de carácter transitorio y ajustó el período para el ejercicio de dicho cargo. Esta indeterminación debe resolverse a favor del trabajador, en aplicación del principio *indubio pro operario*.

iv) La señora Sandoval Borda contaba con más de 3 años de experiencia profesional en asuntos de control interno, en los sectores público y privado, que resultaban suficientes para desempeñarse como jefe de esa dependencia.

v) El Decreto 0414 del 26 de diciembre de 2011 se presume legal y expedido al amparo del principio de la buena fe, pues la administración actuó con el convencimiento de que la servidora acreditaba los requisitos legales para ser designada en el mencionado empleo.

- El 14 de febrero de 2012, la secretaria administrativa de Tunja suscribió el acta de verificación de documentos de la accionada y concluyó que no contaba con los 3 años de experiencia en asuntos de control interno, exigidos por la Ley 1474 de 2011, pues las certificaciones de las funciones que desempeñó en los sectores público y privado no estaban relacionadas con esa área.³³

- El 13 de abril de 2012, por Resolución 0055, el alcalde de Tunja precisó que la Ley 1474 de 2011 modificó la Ley 87 de 1993 y comenzó a regir el 12 de julio de 2011; por lo tanto, como el 26 de diciembre siguiente la accionada fue designada jefe de control interno, este nuevo nombramiento debía sujetarse a las reglas vigentes; sin embargo, la servidora no acreditó la experiencia requerida por el legislador para ocupar dicha posición.

³³ Folios 117 a 121



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

En consecuencia, se declaró que la señora María Fernanda Sandoval Borda «no cumple ni cumplía requisitos para aceptar, acceder, posesionarse y desempeñar el cargo de jefe oficina asesora código 115 grado 06 de la Oficina de Control Interno, de la Alcaldía Mayor de Tunja, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1474 de 2011». Además, se ordenó iniciar las acciones legales contra el Decreto 0414 de 2011, en razón a que la interesada no otorgó su consentimiento para revocarlo. También se remitieron copias a la Procuraduría General de la Nación para lo de su competencia.³⁴

2.4. El caso concreto. Análisis de la Sala

La entidad apelante solicitó revocar la decisión de primera instancia en cuanto se negó la devolución de los salarios que la demandada percibió cuando ocupó el cargo de jefe de la Oficina de Control Interno sin cumplir con los requisitos previstos para ello.

Es preciso aclarar que en esta instancia no se verificarán nuevamente tales presupuestos, ya que ese aspecto no fue objeto de apelación y el municipio de Tunja actúa como apelante único.

Con el fin desatar la alzada, es oportuno acudir al artículo 136 del CCA, norma vigente para la época de los hechos antes narrados, en tanto dispuso que «los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe».

En el *sub lite* debe partirse de la base de que los salarios y prestaciones sociales reclamados por la administración tenían el carácter de periódicos al momento de

³⁴ Folios 133 a 152.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

radicarse la demanda, pues la accionada se encontraba vinculada laboralmente. En tal sentido, esta corporación ha sostenido lo siguiente:³⁵

En lo que respecta al argumento de que se trata de una reclamación de prestaciones periódicas, la Sala debe precisar que, en efecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que no opera el fenómeno de la caducidad para demandar los actos que reconozcan o nieguen las mismas; sin embargo, **al producirse la desvinculación del servicio**, se hace un reconocimiento de prestaciones definitivas y, en tal medida, las prestaciones o reconocimientos salariales que periódicamente se reconocían y pagaban, bien sea mensual, trimestral, semestral, anual o quinquenalmente, **dejan de tener el carácter de periódicos, pues ya se ha expedido un acto de reconocimiento definitivo, al momento de finiquitar la relación laboral.** (Resaltado dentro del texto).

Así las cosas, mientras el vínculo laboral del servidor público se encuentre vigente se considera que las prestaciones que se pagan con regularidad tienen la connotación de periódicas y la pierden una vez ocurre el retiro.³⁶

Ahora bien, la entidad apelante afirmó que la buena fe de la accionada quedó desvirtuada por cuanto en su contra se surtió una actuación administrativa en la que se concluyó que no cumplía los requisitos establecidos en la Ley 1474 de 2011 para desempeñarse como jefe de la Oficina de Control Interno de Tunja; sin embargo, la servidora no otorgó su consentimiento para revocar el acto que la designó en esa posición.

Esta Sala se aparta del anterior entendimiento, pues una lectura armónica del artículo 5 de la Ley 190 de 1995, en consonancia con la Sentencia C-672 de 2001 y las pruebas aportadas al plenario, permite evidenciar que el procedimiento adelantado por la administración y la conclusión a la que arribó en torno al incumplimiento de los requisitos para ocupar el empleo en comento no son razón suficiente para inferir que la señora María Fernanda Sandoval Borda actuó de mala fe; por el contrario, el municipio de Tunja estaba llamado a surtir dicho trámite y, en

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 13 de febrero de 2014, Expediente: 1174-2012, consejero ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 21 de marzo de 2019, radicado: 13001-23-31-000-2010-00335-01(5019-14).



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

la medida en que no se demostró la utilización de medios ilegales, debía seguir operando la presunción de buena fe, es decir, que la revocatoria del acto de nombramiento solo procedería ante la autorización de la funcionaria, la cual es una potestad establecida en su favor, por lo que la negativa a conceder tal consentimiento no es un indicio de deslealtad.

Aunado a lo anterior, la defensa que ejerció la accionada en el trámite de la investigación administrativa en comento demuestra que estaba convencida de acreditar los requisitos para desempeñarse como jefe de control interno, para lo cual esgrimió las siguientes razones:

- i) La Ley 1474 de 2011 no fue clara en cuanto a la fecha en que empezaban a regir los nuevos requisitos de experiencia que fijó este ordenamiento y tal indeterminación debía resolverse a favor del trabajador, en aplicación del principio *indubio pro operario*.
- ii) Para el momento en que fue designada como jefe de control interno, la funcionaria contaba con más de 3 años de experiencia profesional en asuntos afines a esa área, en los sectores público y privado, es decir, que aún en el escenario del cambio normativo, tenía las condiciones profesionales requeridas para ocupar la mencionada plaza.

Es preciso recordar que, al tenor del artículo 83 de la Constitución Política, las actuaciones de los particulares y de las entidades públicas, deben ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas, por ende, la administración está en la obligación de desvirtuarla cuando alegue que un ciudadano se apartó de este principio.

En este orden de ideas, la buena fe atañe a una exigencia de honestidad, rectitud, decoro y credibilidad en el proceder; además, incorpora el valor ético de la confianza, por lo que «cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico debe ser interpretada a la luz del principio de la buena fe, de tal suerte que



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

las disposiciones normativas que regulen el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes legales, siempre deben ser entendidas en el sentido más congruente con el comportamiento leal, fiel y honesto que se deben los sujetos intervinientes en la misma». ³⁷

En el presente caso, la administración no demostró que la demandada se haya valido de maniobras fraudulentas para ser nombrada en un empleo para el cual no acreditaba los requisitos legales y tampoco aportó documentación falsa tendiente a lograr ese cometido.

Por el contrario, el acta de posesión del 26 de diciembre de 2011, en virtud del cual la señora Sandoval Borda tomó juramento para desempeñar el empleo para el que fue designada mediante el decreto enjuiciado, da cuenta de que «[n]o se exigieron más documentos por tratarse de un traslado de cargo y por encontrarse vinculada en la administración municipal».

Lo anterior significa que el ente territorial demandante se fundó en las certificaciones de estudio y experiencia aportadas por la interesada en anterior oportunidad y que conformaban su historia laboral, por ende, la indebida valoración de esa información era atribuible al municipio de Tunja, toda vez que los artículos 49 y 50 del Decreto 1950 de 1973 impusieron a los jefes de personal de las entidades públicas el deber de verificar, entre otros, los documentos que «acreditan las calidades para el desempeño del cargo» para que un servidor pueda tomar posesión de este. Inclusive, el desacato a esta obligación constituye causal de mala conducta.

Esta corporación ha indicado que cuando por un error atribuible a una entidad se concede un derecho a quien no cumplía los requisitos legales, no es posible que se valga de su incuria para recuperar las sumas percibidas de buena fe. Al respecto, se ha argumentado lo siguiente: ³⁸

³⁷ Sentencia T-437 de 2012.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 24 de junio de 2021, radicado: 05001-23-33-000-2017-00374-01 (5584-2018).



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

Por ello, en tratándose de un error de la administración al concederse el derecho a quien no reunía los requisitos legales, no puede permitir a la entidad alegar a su favor su propia culpa para tratar de recuperar un dinero que fue recibido por una persona de buena fe³⁹.

Distinta es la situación cuando el reconocimiento del derecho no deviene directamente del error de la administración, en cuyo caso, habrá que analizar situaciones particulares respecto de las conductas de los involucrados en la actuación, y la utilidad e incidencia en la producción de las decisiones definitivas que resolvieron la cuestión. [...]

De esta forma, se tiene que como claramente lo admite Colpensiones en los actos administrativos enjuiciados, el doble pago ocurrió como consecuencia de un error suyo, por lo que al respecto se debe dar aplicación al principio general del derecho denominado «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*», a través del cual se sostiene que el particular o la autoridad pública no puede aprovecharse de su propio error, dolo o culpa, para beneficiarse de un derecho. Se destaca que, si bien este principio no tiene una formulación explícita en el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional⁴⁰ ha hecho alusión a su naturaleza de regla general del derecho, al derivarse de la aplicación de la *analogía iuris*.

Teniendo en cuenta el anterior criterio interpretativo, y en la medida en que en esta instancia no se discute la decisión del *a quo* en cuanto a que la demandada no cumplía con los requisitos para desempeñarse como jefe de control interno, se concluye que la Alcaldía de Tunja incurrió en un error al designarla sin haber acreditado las exigencias legales. A su vez, como no se demostró que la beneficiaria hubiera actuado de manera desleal o engañosa para obtener ese nombramiento, debe concluirse que no hay lugar a devolver suma alguna por concepto de los salarios y prestaciones que percibió mientras ejerció el empleo.⁴¹

Aunado a ello, se encuentra demostrado que entre el 26 de diciembre de 2011 y el 31 de diciembre de 2013, la señora Sandoval Borda prestó personalmente el servicio, bajo una relación legal y reglamentaria, por lo que la consecuencia lógica era la percepción de los emolumentos asignados al cargo desempeñado. En efecto, la secretaria administrativa de Tunja certificó que la demandada cumplió con las

³⁹ En este sentido, se pronunció recientemente la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 17 de noviembre de 2016, expediente: 2677-15 y del 29 de junio de 2017, expediente: 4321-2016.

⁴⁰ Sentencia T-122 de 2017. Referencia: Expediente: T-5.485.856.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 12 de abril de 2012, radicado: 25000-23-25-000-2006-04197-01 (0461-09).



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

tareas establecidas en el manual específico de funciones y competencias laborales para el empleo de jefe de la Oficina de Control Interno, en un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12 p.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.⁴²

En consecuencia, no sería posible ordenar la devolución de la contraprestación que el ordenamiento nacional e internacional ha salvaguardado en aras de proteger el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, lo cual incluye la percepción de una remuneración mínima vital y móvil.⁴³

2.5. De la condena en costas

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a decretar condena en costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y en el presente caso no se encuentra demostrada tal conducta, por lo cual no hay lugar a imponerlas.

3. Conclusión

Con base en la preceptiva jurídica que gobierna la materia, en las directrices jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en casos análogos fáctica y jurídicamente al que ahora es objeto de estudio y en el acervo probatorio, se concluye que la decisión del *a quo* se ajustó a las directrices interpretativas que regían la situación particular de la demandada, razón por la que deberá confirmarse.

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,

⁴² Folios 368 a 374.

⁴³ Artículo 53 de la Constitución Política y Convenio 95 del Organización Internacional del Trabajo.



Radicación: 15001-23-33-000-2012-00277-02 (3491-2020)
Demandante: Municipio de Tunja

F A L L A:

Primero. Confirmar la sentencia del 26 de febrero de 2020, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda incoada por el municipio de Tunja contra la señora María Fernanda Sandoval Borda.

Segundo. Sin condena en costas en segunda instancia.

Tercero. Reconocer personería al abogado Fernando Sandoval Rodríguez como apoderado de la demandada, conforme al poder que obra en la plataforma SAMAI del Consejo de Estado.

Cuarto. En firme esta providencia, devolver el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Notifíquese y cúmplase

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

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
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 el artículo 186 del CPACA.

cgg