

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

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2014-02444-01 (3690-2016)
Demandante: Wilton José Molina Siado
Demandado: Nación, Contraloría General de la República
Temas: Insubsistencia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes demandantes contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo - CPACA, el señor Wilton José Molina Siado, por conducto de apoderado, formuló demanda en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 0444 del 21 de febrero de 2014, por medio de la cual la Contraloría General de la República declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de asesor de gestión, grado 01, adscrito a la planta temporal de esa entidad en el

Calle 12 No. 7 – 65 – Tel: (57-1) 350-6700 Bogotá D.C. – Colombia
www.consejodeestado.gov.co

sistema general de regalías.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, el

accionante solicitó i) ordenar su reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría; ii) reconocer y pagar las prestaciones sociales, salarios, intereses de cesantías, primas de navidad, vacaciones remuneradas, prima de vacaciones, aportes por salud y pensión y demás emolumentos que dejó de percibir desde la desvinculación hasta cuando se produzca el reintegro; iii) reparar el daño causado con la declaración de insubsistencia con el pago de una indemnización por perjuicio material, y por perjuicios morales; y iv) cumplir la sentencia que ponga fin al proceso al tenor de lo dispuesto en los artículos 192 y 195 del CPACA.

1.1.2. Hechos

Como hechos relevantes, el apoderado del demandante señaló los siguientes:

i) El 18 de marzo de 2013, mediante la Resolución 01337, el señor Wilton José Molina Siado fue nombrado en el cargo de asesor de gestión, grado 01, adscrito a la planta temporal de regalías de la Contraloría General de la República.

ii) Ejerció el cargo hasta el 21 de febrero de 2014, fecha en la que se expidió la Resolución 0444, por la cual se declaró insubsistente su nombramiento **sin ninguna motivación**.

iii) Tan evidente es la desviación de poder en la que incurrió la entidad demandada que en remplazo del actor fue nombrado el señor Rubén Darío Mina Sánchez, en abierta violación a la ley de garantías electorales.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 2, 6, 13, 25, 29, y 125 de la Constitución Política; 32 y 38 de la Ley 996 de 2005, 4 del Decreto 1227 de 2005; y 135, 137 y 138 del CPACA.

Al desarrollar el concepto de violación, el apoderado del actor expuso lo siguiente:

i) La declaratoria de insubsistencia es abiertamente ilegal, alejada de la jurisprudencia y de los preceptos legales y constitucionales, dado que **no fue motivada** y además fue expedida en una época de restricción legal (Ley 996 de 2005, de garantías electorales), circunstancia que convierte la resolución demandada en una clara desviación de poder.

ii) El accionante, al momento de la expedición del acto acusado, ostentaba una inamovilidad relativa por restricción de conformidad con lo señalado en la ley de garantías electorales.

iii) El empleado temporal no puede ser desvinculado discrecionalmente, pues, aunque su ingreso a la administración no le otorga derechos de carrera ni estabilidad definitiva, ya que su relación con el Estado está llamada a fenecer en un tiempo determinado, el querer del legislador fue otorgarle una cierta garantía de estabilidad supeditada a el período fijo por el cual, según la necesidad del servicio plasmada en los estudios técnicos, se requiere que desarrolle su función.

1.2. Contestación de la demanda

El apoderado de la Contraloría General de la República se opuso a las pretensiones de la demanda y expuso las siguientes razones de defensa:¹

i) La situación de la planta temporal de regalías de la entidad no puede implicar su equiparación con los empleos de carrera administrativa, pues los cargos temporales no generan derechos de estabilidad. En ese orden, en contralor

¹ Folios 94 a 110.

general en uso de la facultad discrecional se encontraba autorizado para remover del cargo al funcionario sin necesidad de motivar el acto contentivo de la decisión.

ii) El actor poseía una doble situación administrativa de inestabilidad laboral:

1) el hecho de desempeñar un cargo adscrito al despacho del contralor para desarrollar funciones de especial confianza y asesoría, es decir, de libre nombramiento y remoción; y 2) vincularse a través de un empleo perteneciente a la planta temporal, distinta a la de carrera administrativa de la entidad.

iii) Los artículos 32 y 38 de la ley de garantías invocada por el actor no le son aplicables a la Contraloría General de la República, por cuanto es un órgano especial que no hace parte de la Rama Ejecutiva del poder público.

iv) No existe ningún empleo que tenga fuerza de inamovilidad; no obstante ello, el derecho a la estabilidad no impide que la administración, por razones de interés general ligadas a la eficacia y eficiencia de la función pública, pueda retirar del servicio a funcionarios adscritos a plantas temporales, pues ello puede ser necesario para que el Estado cumpla sus cometidos.

v) Finalmente, y de manera subsidiaria, en caso de que se acceda a las pretensiones de la demanda se deben acoger los preceptos expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia SU-556 de 2014, en cuanto al eventual reconocimiento de una indemnización, pues este fue limitado para los empleados provisionales, y en mayor medida, para los de libre nombramiento y remoción o temporales.

Propuso la excepción de inepta demanda.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, mediante sentencia del 10 de marzo de 2016, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes consideraciones:²

i) El artículo 32 de la Ley 996 de 2005, ordena suspender cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal de la rama ejecutiva del poder público en época preelectoral; no obstante, la Contraloría General de la República es un ente autónomo ajeno a esa rama, circunstancia que la excluye de la aplicación de esta restricción.

ii) De igual modo, en lo que se refiere a la prohibición contenida en dicha norma de invocar razones de buen servicio para desvincular a los empleados, se debe precisar que la preceptiva hace referencia a los cargos de carrera administrativa, lo cuales difieren sustancialmente de los empleos temporales, por lo que la mentada restricción, en gracia de discusión, tampoco resultaba obligatoria para la entidad demandada.

iii) El acto administrativo acusado fue proferido por la contralora general de la República, en uso de la facultad discrecional que otorga el artículo 107 del Decreto 1950 de 1953, que le da la atribución de declarar insubsistente un nombramiento ordinario provisional sin motivar la decisión, aunado a que según el artículo 5 del Decreto 2025 de 2013, el empleo de asesor de despacho, grado 01, perteneciente a la planta temporal de la entidad es calificado como de libre nombramiento y remoción.

iv) No obstante, el legislador en el Decreto 2025 de 2013 «excedió su facultad

configurativa» al calificar el empleo temporal de asesor de despacho, grado 01 como de libre nombramiento y remoción.

v) Teniendo en cuenta que a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional los empleos temporales no se pueden catalogar como de libre nombramiento y remoción, la administración no podía ejercer la facultad discrecional para retirar del servicio al demandante, por el contrario, su

² Folios 227 al 236. Con ponencia del magistrado Luis Gilberto Ortegón Ortegón.

desvinculación debió ser motivada y otorgársele oportunidad a este de controvertir en sede judicial las razones del retiro. Dicho de otra manera, la falta de motivación por expedición irregular es la causa de la nulidad de la Resolución 0444 del 21 de febrero 2014 y así habrá de declararse.

vi) El Decreto 1539 del 17 de julio de 2012, creó hasta el 31 de diciembre de 2014 los empleos de la planta temporal de la Contraloría General de la República, de manera que los nombramientos hechos en virtud de dicha norma tenían un período fijo que fenecía en la última fecha y cuya terminación implicaba el retiro del servicio de manera automática. En ese orden, no se tiene certeza de que en el evento en el que el legislador, hipotéticamente, decretara la prórroga de la planta temporal de la entidad el nominador ineludiblemente hubiese nombrado al aquí demandante, «de ahí que al determinarse en el acto de nombramiento el período de creación del cargo, la Sala se sujetará en estricto sentido a ese interregno y no accederá a la pretensión de reintegro por ser de imposible cumplimiento».

vii) En suma, declaró la nulidad del acto administrativo demandado; condenó a la Contraloría General de la República a pagar los salarios dejados de devengar desde el 21 de febrero hasta el 31 de diciembre de 2014 y la totalidad de las prestaciones sociales dejadas de percibir como consecuencia de la declaratoria de insubsistencia, y negó las demás pretensiones de la demanda.

1.4. Los recursos de apelación

1.4.1. El demandante

El apoderado del señor Wilton José Molina Siado interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia con base en los siguientes argumentos:³

i) El Tribunal en su sentencia negó el derecho al reintegro del trabajador

invocando una imposibilidad física en consideración a que los empleos temporales de la Contraloría General de la República fueron creados hasta el 31 de diciembre de 2014, «olvidándose la Sala de los derechos que generan las prórrogas decretadas por la Ley 1744 de 2014, generando un defecto sustantivo en la interpretación de la ley, aduciendo erradamente la Sala que no le constaba que ineludiblemente la Contraloría estaba obligada a nombrarlo nuevamente en la planta temporal conforme a la prórroga ordenada».

ii) Precisamente lo que hizo la Ley 1744 de 2014, fue ampliar los efectos, deberes y derechos creados en el Decreto 1539 de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2016, y si en el futuro se expide otra nueva ley que prorrogue los efectos del decreto *ibidem*, sucesivamente se irán adquiriendo los derechos que de él se derivaron, hasta restablecer la garantía de reintegro y el pago de los sueldos y las prestaciones sociales dejadas de percibir.

iii) En resumen, solicitó que se revoque la sentencia en lo no favorable y se ordene el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones sociales que se generen por los derechos adquiridos derivados del Decreto 1539 de 2012 y las prórrogas que se expidan a través de la Ley 1744 de 2014 y/o futuras leyes.

1.4.1.1. Mediante memorial del 3 de septiembre de 2019,⁴ el apoderado del demandante presentó adición al escrito de apelación para señalar que la planta temporal de regalías de la Contraloría General de la República fue nuevamente prorrogada a través del Decreto 2190 de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2018, por lo que solicitó que se confieran todos los derechos y acreencias laborales surgidas desde su desvinculación hasta la mentada fecha.

1.4.2. La demandada

El apoderado de la Contraloría General de la República interpuso recurso de apelación en el que solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia para

en su lugar denegar las pretensiones de la demanda. Como sustento de su petición expuso lo siguiente:⁵

i) El fallo de primera instancia vulnera el principio de congruencia, por cuanto las razones que tuvo el *a quo* para declarar la nulidad del acto acusado se basó en hechos o fundamentos fácticos y jurídicos que no fueron propuestos como cargos

dentro del libelo y además porque el análisis hecho por el fallador se edificó en contravía flagrante de las normas vigentes y con base en jurisprudencia proferida de forma posterior al acto de insubsistencia.

ii) La causal invocada por el actor no fue otra sino la de endilgarle a la resolución demandada los vicios de desviación de poder y falsa motivación por la mera transgresión de la Ley 995 de 2005, «fue ese punto y no otro el alegado por el actor bajo el cual presuntamente la Contraloría realizó una actuación ilegal».

iii) El fallador no está partiendo de la variación de la argumentación jurídica en una presunta aplicación del principio *iura novit curia*, sino del acontecer fáctico que viciaría de nulidad el acto demandado.

iv) Insistió en que la falta de motivación no fue propuesta por la parte demandante como núcleo central de la demanda, ni fue traída como elemento fáctico y jurídico del debate judicial.

v) En gracia de discusión, el tribunal imprimió los efectos de ilegalidad del acto demandado desconociendo la vigencia y legalidad tanto de la Ley 1640 de 2013, como del Decreto 2025 de 2013, normas sobre las cuales la Contraloría basó el ejercicio de la facultad discrecional al momento de proferir la resolución de desvinculación.

vi) Asimismo, no puede derivarse la ilegalidad del acto demandado con base en la declaratoria de inexecutable del Decreto 2025 de 2013 a través de la ⁵ Folios 253 al 261.

sentencia C-506 de julio de 2014, pues para el 21 de febrero de 2014, por disposición legal, el cargo desempeñado por el señor Molina Siado era de libre nombramiento y remoción y, por lo tanto, susceptible de desvinculación sin motivación.

vii) «No puede recaer el tribunal en que se despoje de su rol de juez de legalidad y asuma el de juez de constitucionalidad y condene a la contraloría con base en yerros del legislador con ocasión de juicios posteriores a la actuación objeto de debate».

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Tanto el señor Wilton José Molina Siado, como la Contraloría General de la República reiteraron en esta etapa procesal los argumentos esgrimidos en los recursos de apelación.⁶

1.6. El Ministerio Público

El agente del Ministerio Público no rindió concepto.⁷

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. El problema jurídico

De conformidad con los argumentos expuestos en los recursos de apelación presentados, la Sala debe establecer lo siguiente:

⁶ Memoriales electrónicos obrantes en los índices 31 y 32 de la plataforma SAMAI.

⁷ Folio 338.

1. Si el fallo de primera instancia vulneró el principio de congruencia, por cuanto las razones para declarar la nulidad del acto acusado no fueron propuestas como cargos dentro de la demanda (falta de motivación), y en caso de no ser así,

2. Si se deben reconocer, además de las prestaciones otorgadas en el fallo de primera instancia, el reintegro y pago de los salarios y prestaciones sociales que se generen por los derechos adquiridos derivados de las prórogas del Decreto 1539 de 2012, previstas en la Ley 1744 de 2014 y en el «Decreto 2190 de 2017».

2.2. Marco normativo

El artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

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

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

(...)

Parágrafo (adicionado por el artículo 6 del acto legislativo N° 1 de 2003). Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección

tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la Constitución señala unas excepciones, como son los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Siendo entonces competencia del legislador expedir las normas que regirán el sistema de carrera en las entidades del Estado, respetando las excepciones señaladas.

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

Artículo 1.º. Objeto de la ley.

(...)

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

- a) Empleos públicos de carrera;
- b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;
- c) Empleos de período fijo;
- d) Empleos temporales.

En lo que se refiere a las características particulares de los empleos temporales, como herramienta que pueden utilizar las entidades públicas para atender sus necesidades excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta, el artículo 21 *ibidem* estipuló lo siguiente:

Artículo 21. Empleos de carácter temporal.⁸

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

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

⁸ El Decreto 894 del 28 de mayo de 2017, por el cual se dictan normas en materia de empleo con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, en su artículo 6 adicionó el numeral 4. a este artículo. En su sentido literal dispone lo siguiente:

4. El nombramiento en los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado

del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y **mediante acto administrativo motivado; o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación (negrilla de la Sala).**

De igual manera, el retiro del servicio de los empleados temporales se podrá efectuar por las causales consagradas en los literales d), h), i), j), k), m) y n) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

Nota: las expresiones subrayadas fueron declaradas inexequibles parcialmente en la sentencia C-527 de 2017, de la Corte Constitucional.

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

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. **De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.**⁹

Como se observa, en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido prevista una excepción al sistema de la carrera administrativa para quienes sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección por méritos ingresan al servicio público a desempeñar empleos.

En ese orden, la Ley 909 de 2004 estableció como nueva categoría de empleo «temporal o transitorio», de forma excepcional, que sólo puede utilizarse bajo para cumplir funciones que no realiza el personal de planta. Vale la pena señalar, que el Decreto 1227 de 2005, por medio del cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004, dispuso lo siguiente sobre las características de las vinculaciones temporales:

Artículo 1. Se entiende por empleos temporales los creados en las plantas de cargos para el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 21 de la Ley 909 de 2004, por el tiempo determinado en el estudio técnico y en el acto de nombramiento.

Los empleos temporales deberán sujetarse a la nomenclatura y clasificación de cargos vigentes para cada entidad y a las disposiciones relacionadas con la elaboración del plan de empleos, diseño y reforma de plantas de que trata la Ley 909 de 2004.

En la respectiva planta se deberán identificar los empleos que tengan la naturaleza de temporales. El estudio técnico deberá contar con el concepto previo favorable del Departamento Administrativo de la Función Pública.

Artículo 2°. El régimen salarial, prestacional y demás beneficios salariales de los empleos temporales será el que corresponda a los empleos de carácter permanente que rige para la entidad que va a crear el cargo y se reconocerá de conformidad con lo establecido en la ley.

⁹ El texto señalado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante

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

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

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

Artículo 4°. El nombramiento deberá efectuarse mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. **Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento.**¹⁰

El término de duración del nombramiento en el empleo de carácter temporal deberá sujetarse a la disponibilidad presupuestal.

Parágrafo. A quienes ejerzan empleos de carácter temporal no podrá efectuárseles ningún movimiento dentro de la planta de personal que implique el ejercicio de funciones distintas a las que dieron lugar a la creación de los mismos de acuerdo con lo establecido en la Ley 909 de 2004.

La norma transcrita hace referencia a la forma de vinculación de los empleados temporales y a su desvinculación: por una parte, señala que aquella ocurrirá de forma automática al vencimiento del plazo establecido, esto es, la duración de la planta de empleo temporal de la entidad, y por otra parte, antes de cumplirse el referido término en ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

Respecto de este último escenario, la Sección Segunda de esta corporación se pronunció en estos términos:

En relación con el término de vigencia del nombramiento en un empleo temporal, dispone el decreto 1227 de 2005 que se determinará en el acto nombramiento (sic) por el tiempo definido en el estudio técnico (art. 1°) y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal (inciso 2°, art. 4°) lo cual resulta armónico con la citada

¹⁰ El texto señalado fue declarado nulo por el Consejo de Estado mediante fallo de junio 19 de 2008 (Rad. 11001-03-25-000-2006-00087-00 (1475-06).

ley 909 de 2004, cuando expresa que la justificación para crear este tipo de cargos, deberá contener la motivación técnica y la apropiación y disponibilidad presupuestal.

Lo anterior quiere decir que, cuando el Gobierno previó en el aparte acusado una nueva causal de retiro, como fue la declaratoria de insubsistencia del nombramiento en ejercicio de la facultad discrecional, lo que hizo fue exceder su potestad reglamentaria, ya que de la lectura de la ley 909 se deduce fácilmente que sólo

estableció como causal específica de retiro del servicio de los empleados temporales, el término de duración fijado en el acto de nombramiento, el cual, se repite, depende tanto del estudio técnico como de la disponibilidad presupuestal.

Pues bien, como lo ha afirmado reiteradamente esta Sala, el poder de reglamentación de las Leyes, tal como lo instituyó el Constituyente de 1991, en este campo difiere en parte del contemplado en la Carta del 86, por cuanto ahora está atribuido a diferentes autoridades, v.gr. el Presidente de la República, Consejo Superior de la Judicatura, Contralor General de la República, etc.

[...]

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

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

En otras palabras: el art. 3° inciso 3° del decreto 1227 de 2005 fue muy claro en precisar que el ingreso a un empleo temporal no genera derechos de carrera, **pero por ello tampoco se puede concluir que es de libre nombramiento y remoción**, lo cual se reafirma con el hecho de que prácticamente la única causal de retiro establecida para ellos es la culminación del periodo para el cual fueron designados.

Pero además, es evidente que la frase acusada viola el principio de confianza legítima, como extensión del de la buena fe, pues el empleado que ha sido nombrado en un cargo temporal por un periodo determinado, tiene la idea de permanencia y estabilidad en el empleo, porque existe la expectativa cierta y fundada de conservarlo en cuanto cumpla fiel y eficientemente con sus obligaciones laborales, hasta cuando se venza tal periodo.

[...]

Así, desde la perspectiva constitucional, el principio de confianza legítima debe ser tenido en cuenta en el caso en estudio, habida cuenta que la libertad que se otorga en la norma acusada a la entidad para declarar insubsistente el nombramiento de un empleado temporal, defrauda la confianza que este particular pone en el

ordenamiento jurídico que consagra que su permanencia sólo va a estar supeditada al lapso por el cual fue nombrado.

En consecuencia, como quiera que el Gobierno excedió su potestad reglamentaria al establecer una causal de retiro diametralmente distinta y nueva a la prevista en la ley, se declarará la nulidad de la frase «Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento» contenida en el art. 4° del decreto 1227 del 21 de abril de 2005.

De la anterior transcripción se extrae que los empleos temporales no pueden clasificarse como de carrera administrativa, ni mucho menos de libre nombramiento y remoción, toda vez que la intención del legislador al desarrollar este nuevo tipo de empleo, fue otorgar al trabajador una garantía de permanencia

sujeta a un período determinado.

En ese sentido, consideró la Sala que con la expresión «sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la insubsistencia del nombramiento», el gobierno nacional excedió su potestad reglamentaria al incluir el ejercicio de la facultad discrecional para desvincular al personal que ejerce un cargo temporal en la administración, cuando ello no fue previsto en la Ley 909 de 2004.

En suma, para esta corporación los empleos temporales no pueden catalogarse como cargos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción, al paso que no le está dado al nominador retirar al trabajador temporal del servicio bajo el ejercicio de la facultad discrecional.

Dicho presupuesto fue reglamentado posteriormente por el Decreto 894 del 28 de mayo de 2017, por el cual se dictan normas en materia de empleo con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

2.3. Hechos probados

2.3.1. En relación con la vinculación laboral del demandante

Mediante la Resolución 01337 del 18 de marzo de 2013, emitida por la contralora general de la República, el señor Wilton José Molina Siado fue nombrado en el cargo de asesor de gestión, nivel asesor, grado 01, adscrito a la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República, en el Sistema General de Regalías «en los términos del Decreto 1540 del 17 de julio de 2012», para fortalecer la labor de vigilancia y el control fiscal sobre los recursos del referido sistema.¹¹ Tomó posesión en el empleo el 20 de marzo siguiente.¹²

2.3.2. En relación con el acto administrativo acusado

i) A través de la Resolución 0444 del 21 de febrero de 2014, la contralora general de la República declaró insubsistente el nombramiento ordinario del señor Wilton José Molina Siado.¹³ Las consideraciones del acto administrativo fueron las siguientes:

Que en atención a la facultad discrecional que se señala en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973, establece que en cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados.

Que en atención a lo contemplado en el artículo 5° del Decreto ley 2025 de septiembre 17 de 2013, los empleos de carácter temporal de la planta de personal de la Contraloría General de la República, para todos los efectos se clasifican como empleos de libre nombramiento y remoción independientemente del nivel y dependencia en los que se ubiquen.

ii) Por Resolución 0569 de 3 de marzo de 2014, la contralora general de la República nombró, con carácter ordinario, al señor Rubén Darío Mina Sánchez, en

¹¹ Folio 11.

¹² Folio 158.

¹³ Folio 10.

el cargo de asesor de gestión, nivel asesor, grado 01, adscrito a la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República.¹⁴

2.4. El caso concreto. Análisis de la Sala

2.4.1. En primer lugar, debe la Sala precisar si el fallo de primera instancia vulneró el principio de congruencia, por cuanto las razones para declarar la nulidad del acto acusado no fueron propuestas como cargos dentro de la demanda, esto es, que en el libelo no se propuso la falta de motivación como núcleo central de las pretensiones.

Revisado el asunto se tiene que, contrario a lo afirmado por la entidad recurrente, en la demanda sí se planteó como causal de reproche la falta de motivación del acto administrativo. Si bien es cierto, el señor Molina Siado fundamentó su solicitud con el argumento de que la Resolución 0444 de 2014 estaba viciada por desviación de poder, ya que fue expedida en abierta violación a la ley de garantías electorales; también lo es que, tanto en la narración de los hechos como en las argumentaciones expuestas en el concepto de violación, su apoderado hizo referencia al cargo de falta de motivación del acto que declaró la insubsistencia del nombramiento.

En atención a ello, en el trámite de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, el tribunal fijó el litigio teniendo en cuenta, además, ese objeto de

reproche, en los siguientes términos:

De igual modo, se observa que en el escrito de contestación de la demanda, la entidad aceptó los hechos referentes a las resoluciones mediante las cuales se nombró y posteriormente se declaró insubsistente al actor, sin embargo, respecto de la situación fáctica consistente en que a consideración del actor la declaratoria de insubsistencia del cargo es arbitraria e ilegal, toda vez que **no fue motivada** y expedida en época de restricción legal de la ley de garantías electoral y que se evidencia una desviación de poder ya que en su remplazo fue nombrado el señor Rubén Darío Mina Sanchez, la accionada no las aceptó, por lo que el despacho estima que existe litigio en relación con estos asuntos, lo cual deberá ser objeto de

¹⁴ Folio 118 del cuaderno de antecedentes administrativos 2.

debate legal y probatorio (negrilla de la Sala).

Se procede a fijar el litigio, para cuyo efecto se explica que el **problema jurídico** se contrae a determinar: si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar la ilegalidad del acto administrativo por medio del cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Asesor de Gestión, Nivel Asesor, Grado 01, adscrito a la planta temporal de empleos de la Contraloría General de la República en el Sistema General de regalías, por cuanto no se tuvo en cuenta la prohibición contemplada en el artículo 38 parágrafo inciso 3° de la Ley 996 de 2005.

Así pues, esta Sala, con ponencia del magistrado William Hernández Gómez, ha reiterado que «la fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de allí que la relación entre ella y la sentencia es la de “tuerca y tornillo”¹⁵, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones, las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el “acuerdo sobre el desacuerdo” en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia».¹⁶

En ese orden, en este asunto los puntos objeto de pronunciamiento fueron claramente expuestos en dicha etapa del proceso, sin que las partes ejercieran oposición, tal como quedó constancia en el acta de la audiencia.

En suma, los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada no tienen vocación de prosperidad, por cuanto el a quo sí deba pronunciarse sobre el cargo de falta de competencia.

¹⁵ Ver: Hernández Gómez William. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB. (2015).

¹⁶ Entre otras, en la sentencia del 10 de noviembre de 2022, expediente 5001-23-33-000-2016-0036-01 (0516-2019).

Ahora, los argumentos expuestos por el tribunal, mediante los cuales se fundamentó la decisión de declarar la nulidad de la Resolución 0444 del 21 de febrero de 2014, se cimentan en que, tal como se explicó en el acápite de hechos probados de esta providencia, los empleos temporales no pueden calificarse como cargos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción.

Así las cosas, como el empleo de asesor de gestión, nivel asesor, grado 01, pertenece a la planta temporal de la Contraloría General de la República no puede dársele el carácter anotado, luego tampoco puede hacerse uso de la facultad discrecional para expedir actos de retiro del empleado temporal.

No puede perderse de vista que la Ley 1530 de 2012, por medio de la cual se reguló el Sistema General de Regalías, dispuso que la Contraloría General de la República, en desarrollo de sus funciones constitucionales, ejercería la vigilancia y el control fiscal sobre los recursos del Sistema General de Regalías. Además, le otorgó facultades extraordinarias al presidente de la República para crear los empleos temporales en la Contraloría que fueran necesarios para fortalecer la citada labor.

En virtud de lo anterior, se expidió el mentado Decreto 1539 de 2012, por medio del cual se creó una planta temporal, equivalente a 338 empleos, la cual estaría vigente hasta el 31 de diciembre de 2014.

Posteriormente, la Ley 1640 de 2013, por la cual se efectúan unas modificaciones al Presupuesto General de la Nación para la vigencia fiscal de 2013, facultó al presidente de la República para modificar la Planta Temporal de Regalías de la Contraloría General de la República y unificar esta Planta con la Planta de Personal Ordinaria de la entidad.

En desarrollo del anterior precepto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Ley 2025 de 17 de septiembre de 2013 y en su artículo 5 dispuso lo siguiente:

Artículo 5°. Los empleos de carácter temporal de la planta de personal de la Contraloría General de la República, para todos los efectos, se clasifican como empleos de libre nombramiento y remoción, independientemente del nivel y dependencia en los que se ubiquen; así mismo a estos empleos se les podrán asignar funciones propias de la Contraloría General de la República, independientemente de la fuente de financiación del recurso vigilado o controlado.

Parágrafo. Los empleos de carácter temporal de la planta de personal de la Contraloría General de la República no se sujetan a las disposiciones previstas en la Ley 909 de 2004, para empleos temporales.

Dicho Decreto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-506 de **16 de julio de 2014**, al presentarse la figura de la inconstitucionalidad por consecuencia, ante el retiro del ordenamiento de la norma que le daba sustento jurídico.

Aunque dicha declaratoria de inexecutable fue dictada de forma posterior al acto demandado (fechado el 21 de febrero de 2014), no se puede desconocer que en la sentencia del Consejo de Estado del **19 de junio de 2008**, al disponer la nulidad de la expresión «[s]in embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad discrecional, podrá declarar la inexistencia del nombramiento» contenida en el artículo 4 del Decreto 1227 de 2005, eliminó cualquier posibilidad de ejercer la facultad discrecional para proceder al retiro del servicio de empleados que ocupan cargos en plantas temporales, al paso que aclaró que no se les podía dar tratamiento de servidores de carrera administrativa ni de libre nombramiento y remoción, según la correcta interpretación que debe dársele al artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

En ese orden, resulta acertado afirmar que el acto de declaratoria de inexistencia del nombramiento del actor, quien fuera designado en un cargo de naturaleza temporal, por un período determinado, debía estar precedido del ejercicio de motivación de la administración, esto es, debió hacerse uso de la facultad nominadora, no de la discrecional.

En suma, le asiste razón al *a quo* al declarar la nulidad de la Resolución 0444 del 21 de febrero de 2014, por adolecer del vicio de falta de motivación.

Resta precisar que dicha regla de motivación de los actos de inexistencia del personal de carácter temporal fue incluida en el año 2017 en el numeral 4 del artículo 21 de la Ley 909 de 2005, según lo preceptuado en el Decreto 894 del 28 de mayo de 2017, por el cual se dictan normas en materia de empleo con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

2.4.2. Ahora, respecto de los argumentos del recurso de apelación elevado por el

actor, con el que pretende que se ordene, además de lo dispuesto en la parte resolutive de la sentencia, el reintegro y el pago de los salarios y prestaciones sociales que se generen por los «derechos adquiridos» derivados de las prórrogas que se expidan al Decreto 1539 de 2012, se debe señalar lo siguiente.

Debe reiterar la Sala que el Decreto 1539 de 2012, por medio del cual se creó la planta temporal de la Contraloría, dispuso que aquella estaría vigente hasta el 31 de diciembre de 2014.

De conformidad con dicha norma y con el acto administrativo de nombramiento, la designación en el cargo de asesor de despacho, grado 01, tenía un período fijo cuya terminación implicaba la desvinculación del servicio de forma automática, es decir, era temporal. En ese orden, la expectativa legítima que le asistía al señor Molina Siado con ocasión de su vinculación, correspondía únicamente a permanecer en el cargo durante el lapso por el cual fue creado.

Lo anterior, por cuanto ni la administración ni él podían prever que se fuera a prorrogar la vigencia de la planta de empleos temporales, ni podría el accionante considerar válidamente que continuaría desempeñando el empleo con posterioridad al 31 de diciembre de 2014. Establecer lo contrario sería exceder el principio de planeación propio de la creación de ese tipo de plantas de personal.

Adicionalmente, el hecho de que el empleo temporal por él ocupado no fuera catalogado como de libre nombramiento y remoción y, por ende, no estuviera dado ejercer la facultad discrecional para declarar la insubsistencia de la designación, no quiere decir que la Contraloría no pudiera, a través de un acto administrativo motivado, propio de la facultad nominadora, disponer su retiro del servicio antes de cumplirse el plazo pactado, si aquel, por ejemplo no garantizaba el cumplimiento de los fines estatales o por alguna de las causales contenidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, como la orden o decisión judicial, el abandono del cargo, etc.

Al respecto, en reciente pronunciamiento esta Sección señaló lo siguiente:¹⁷

En línea con lo expuesto, la designación en un empleo temporal conlleva la oportunidad de acceder a un cargo público en forma transitoria, luego aun cuando el empleado temporal no pueda ser desvinculado discrecionalmente, ello no le otorga derechos de estabilidad definitiva, ni mucho menos de carrera, pues su relación está prevista por un plazo determinado.¹⁸

Sobre el punto, se destaca que si bien es una facultad reglada, el vencimiento del término del nombramiento tiene como consecuencia el retiro automático, por lo que

es diáfano concluir que la vinculación en dicha calidad no genera la adquisición de derechos de carrera, tanto así que la finalización del lapso estipulado no prevé la exclusión de la lista de elegibles, en el caso en que el empleo se haya provisto a través del mentado mecanismo.

De acuerdo con la normativa y jurisprudencia señalada, se hace necesario resaltar que en los siguientes eventos se puede dar por terminado el nombramiento temporal:

- Vencimiento del término del nombramiento;
- Antes de cumplirse dicho lapso, por acto administrativo motivado cuando no se cumplen las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a su creación;
- Cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal;
- Las demás que se prevean para la culminación del mentado vínculo.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 20 de enero de 2022, exp. 25000-23-42-000-2015-05676-01 (2858-2019).

¹⁸ En igual sentido se pronunció esta Subsección en sentencia del 18 de noviembre de 2021, radicado: 25000-23-42-000-2016-04516-01 (3216-2020).

De esta forma, teniendo claro que el empleo temporal no es de carrera administrativa, sino que es una categoría independiente de empleo público, de carácter transitorio y excepcional, cuyo régimen de ingreso y retiro se encuentra expresamente regulado en la ley [...]

En este sentido, es palmario que la señora Luz Mery Castellanos Martínez prestó sus servicios a la Secretaría de Desarrollo Económico de Bogotá D.C., en el desempeño de un cargo que fue creado de forma transitoria, circunstancia que no crea una relación definitiva con el Estado y no genera derechos de carrera administrativa.

Luego, vencido el plazo de duración temporal, se extingue la relación con la administración, sin que pueda exigirse estabilidad laboral alguna o la expedición de un acto administrativo que ratifique esa situación.

Lo anterior, toda vez que conforme lo señala de forma diáfana la normativa reguladora y acorde con los lineamientos jurisprudenciales anotados anteriormente, el acto administrativo de nombramiento es el que determina el lapso de duración, esto es, cuando aquel expira, automáticamente el servidor queda retirado del servicio, como en efecto ocurrió en el sub lite, pues desde que fue vinculada tenía conocimiento de que su permanencia en el cargo era limitada.

Ahora, si bien es cierto, a través de las Resoluciones 00385 del 29 de agosto de 2014 y 00633 sin fecha del año 2014, se prorrogaron los nombramientos de los cargos temporales hasta el 31 de diciembre de 2014 y 31 de octubre de 2015, respectivamente, los 199 empleos creados inicialmente, ello, per se no conllevaba que su nombramiento tuviera la mentada ampliación.

Al respecto, se advierte que la desvinculación de la libelista obedeció a que feneció el plazo para el cual había sido nombrada, y el hecho de que se prorrogaran las medidas de empleos temporales, no le otorgaba a la demandante fuero de estabilidad alguno, pues su ingreso al empleo no fue a través de concurso de méritos y el cargo por ella desempeñado estaba atado a un plazo fijo desde su creación, por tanto, al vencimiento del lapso para el cual fue nombrada, tuvo como consecuencia el retiro automático del servicio.

Ello implica que la estabilidad deprecada por la libelista en el caso objeto de análisis dependía de la ocurrencia del plazo, tal y como se señaló en el acto de nombramiento, es decir, hasta el 30 de agosto de 2014, diferente sería que en aquel

se hubiese señalado verbi gracia que el lapso sería «hasta que duren las medidas de los empleos de carácter temporal» o simplemente se hubiese omitido la fecha de terminación de la vinculación, circunstancia que, como se advierte, no ocurrió.

En estas condiciones, resulta clara la diferencia entre la prórroga de la planta de empleos de carácter temporal, tal como se estudió ampliamente en el marco normativo y jurisprudencial de la presente providencia y la prórroga de los nombramientos, dado que, la primera obedece a criterios técnicos de viabilidad y necesidad transitoria del servicio y, la segunda, a la pertinencia de perpetuar el vínculo laboral inicial, hecho que sí requiere manifestación expresa de la entidad.

Así las cosas, pese a que el artículo 39 de la Ley 1744 del 26 de diciembre de 2014, por la cual se decretó el presupuesto del Sistema General de Regalías para el bienio del 1° de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2016, prorrogara hasta esta última fecha los empleos de carácter temporal en la planta de la Contraloría General de la República, no se tiene la certeza de que el nominador ineludiblemente hubiera continuado el vínculo con el señor Molina Siado, por lo que, tal como lo dispuso el *a quo* resulta materialmente imposible ordenar su reintegro e improcedente disponer el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2016.

Por consiguiente, el recurso de apelación propuesto por el actor no tiene vocación de prosperidad, ya que el vencimiento del término para el cual había sido nombrado no obligaba al nominador a prorrogar su nombramiento, dado que el señor Molina Siado no era beneficiario de ningún fuero de estabilidad. Aunado a ello, la prórroga general que se expidió de los cargos temporales por un período adicional tampoco producía su permanencia más allá del interregno señalado en su nombramiento, como lo reclama.

Resta precisar que el Decreto 2190 de 2017, mencionado por el señor Molina Siado en la adición al recurso de apelación no prorrogó la planta de empleos de carácter temporal en la planta de la Contraloría General de la República, contrario a lo afirmado en ese escrito, pues dicha norma modificó la planta de empleos del Departamento Nacional de Planeación.

2.4.3. Finalmente, teniendo en cuenta que el artículo 328 del Código General del Proceso dispone que en caso de que ambas partes hubieran apelado la sentencia de primera instancia el superior podrá resolver sin limitaciones, en este caso no se puede pasar por alto que, debe darse aplicación a la sentencia de unificación del 9 de agosto de 2022 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁹ que fijó las reglas jurisprudenciales de interpretación para la

¹⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de unificación del 9 de agosto de 2022, demandante: Sonia Yamile Rondón Tasco.

resolución judicial de asuntos como el analizado, correspondiente a la procedencia del pago de dineros por concepto de salarios y prestaciones sociales del empleado público cuyo acto de retiro del cargo fue declarado nulo.

En dicha providencia se estudiaron las normas constitucionales y legales sobre la prohibición de percibir doble asignación proveniente del tesoro público, respecto a los valores que por concepto de salarios y prestaciones sociales hubiera percibido el empleado a quien se le declaró la nulidad del acto del retiro del servicio, con ocasión del desempeño de otros cargos públicos durante el período en el cual estuvo desvinculado, y se concluyó que deben ser descontados del total de las sumas que se generen por el restablecimiento del derecho ordenado en el fallo.

Concretamente, en la sentencia se consideró lo siguiente:

67. Según las anteriores pautas, el pago de los salarios o prestaciones dejados de recibir por un empleado público hasta el momento en que sean reconocidos sus derechos de manera judicial, debe asimilarse a título de restablecimiento del derecho; en consecuencia, procede descontar de éste lo que la persona haya devengado o percibido como ingreso salarial y prestacional durante el mismo lapso, debido a que afecta al erario, que resulta ser la misma fuente de donde se originan los recursos que pagan la sentencia dictada en favor del accionante, y de este modo cobra sentido la prohibición constitucional contenida en el artículo 128 superior.

68. Por lo mencionado, la Sala Plena es del criterio que de la sentencia estimatoria de las pretensiones dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (antes acción), se derivan tres consecuencias:

- i) La anulación del acto, es decir, su retiro del ordenamiento positivo.
- ii) El restablecimiento del derecho, que comporta una consecuencia del acto ilegal, consistente en volver al demandante al estado inicial al que se encontraba antes de su existencia. Por lo tanto, para efectos del pago de salarios y prestaciones sociales, deberá determinarse si el servidor tuvo alguna otra vinculación con el Estado para ordenar su descuento de la condena.
- iii) La eventual reparación del daño, respecto del cual el interesado deberá demostrar su existencia y nexos causal con el acto administrativo. Concepto del cual difiere el restablecimiento del derecho, puesto que éste opera por ministerio de la ley a causa de la nulidad pedida.

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe concluir que son procedentes los descuentos efectuados a la condena derivada del fallo que ordena la nulidad del acto administrativo que retiró del servicio, a razón de las sumas de dinero recibidas por parte del titular del derecho por concepto de salarios y prestaciones sociales que devengó con ocasión de sus servicios prestados en el sector oficial, por incurrirse en la prohibición constitucional de doble erogación con cargo al erario.

Aun cuando el referido precedente de unificación se refirió a los servidores nombrados en provisionalidad, la Sala considera que el pago de los salarios y prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho derivado del retiro ilegalmente probado guarda similitud y la necesidad de proteger el erario en todos los casos.

Asimismo, sin perjuicio de que el material probatorio obrante en el dossier no dé cuenta de si el señor Molina Siado fue vinculado a la administración pública con posterioridad a su retiro de la Contraloría General de la República, sí resultarían procedentes los descuentos por concepto de salario y prestaciones sociales, si se llegare a demostrar que aquel ocupó un empleo oficial luego del 21 de febrero de 2014, fecha de declaratoria de insubsistencia de su nombramiento como asesor de gestión, nivel asesor, grado 01 y hasta el 31 de diciembre de 2014, data en la que se cumpliría el plazo pactado en el acto de nombramiento en el empleo temporal.

En ese orden, tendrá que **adicionarse la sentencia** objeto de estudio para disponer que se realice el descuento de lo percibido por el demandante por concepto del desempeño de otros cargos en el sector público durante el referido interregno.

2.5. De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016²⁰, respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo.

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

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura) y la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por estas, que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso²¹, la Sala considera que no es dable condenar en costas de segunda instancia, por cuanto los recursos de apelación propuestos por ambas partes fueron despachados desfavorablemente.

3. Conclusión

²¹ «1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación».

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 el señor Wilton José Molina Siado logró desvirtuar la legalidad del acto acusado, motivo por el cual se confirmará el fallo de primera instancia que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, y se adicionará en el sentido de indicar que deberán descontarse las sumas que el libelista hubiere devengado con ocasión de la prestación de sus servicios en el sector oficial durante el período comprendido entre el 21 de febrero y el 31 de diciembre de 2014, por las razones expuestas. Sin condena en costas de la segunda instancia.

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

FALLA:

Primero. Adicionar un numeral a la sentencia del 10 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada por el señor Wilton José Molina Siado contra la Nación, Contraloría General de la República, para disponer lo siguiente:

Al momento de pagar la anterior condena la Contraloría General de la República deberá realizar el descuento de lo percibido por el demandante por concepto del desempeño de otros cargos en el sector público durante el período comprendido entre el 21 de febrero y el 31 de diciembre de 2014, para no incurrir en la prohibición constitucional de percibir doble asignación del erario (artículo 128 de la Constitución Política), en concordancia con el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, y de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales trazados por la sentencia de unificación del 9 de agosto de 2022 proferida por la

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Segundo. Confirmar en lo demás la sentencia apelada.

Tercero. Sin condena en costas, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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.

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.

AVM