

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA - SUBSECCIÓN "A"

Consejero Ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de junio de dos mil quince (2015).-

Radicación Nº: 440012333000201300023 01

Número Interno: 1471-2014

Actor: FABIÁN VICENTE COTES GONZÁLEZ Y OTROS.

Demandada: NACIÓN-REGISTRADURÍA NACIONAL DEL
ESTADO
CIVIL.

APELACIÓN SENTENCIA
NACIONALES

AUTORIDADES

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 22 de enero de 2014, proferida bajo la **Ley 1437 de 2011** por el Tribunal Administrativo de la Guajira, que negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Fabián Vicente Cotes González y otros¹, demandan² declarar la nulidad de la Resolución No. 054

¹ Son los otros: su esposa Sonia Mileidy Angarita Manzano, sus padres Onofre Vicente Cotes y Elda Matilde González, y sus hermanos Edin Onofre, Elda María, Marilin Liseth y Yubiza Patricia Cotes González.

² El escrito de demanda obra a fols.1-11 del cuaderno principal. Fue presentada el 29 de enero de 2013 (fol.11).

Nota: En adelante, cuando se citen folios y no se mencione el cuaderno, debe entenderse que corresponden al principal.

del 18 de julio de 2012, por la cual se declara insubsistente su nombramiento como Registrador Especial del Estado Civil de Riohacha.

Como consecuencia de la anterior declaración, a título de restablecimiento del derecho, solicitan: i) ordenar a la entidad demandada reintegrar al señor Fabián Vicente Cotes González al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, y declarar que para todos los efectos legales no existió solución de continuidad en la prestación del servicio; ii) reconocerle y pagarle todos los salarios, primas, bonificaciones, vacaciones y demás emolumentos y prestaciones dejados de percibir, desde la fecha de la desvinculación hasta cuando sea reintegrado; iii) reconocimiento de perjuicios morales para él, su esposa, sus padres y hermanos; iii) actualizar la condena y dar cumplimiento al fallo en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA., y condenar en costas.

Hechos sustento de lo pretendido

El apoderado de los actores dijo que mediante la Resolución No. 097 del 30 de julio de 2010, el señor Fabián Vicente Cotes González fue nombrado Registrador Especial del Estado Civil 0065-01 de Riohacha; *“bajo la condición que el mismo se realizaba mientras dura el encargo de la Doctora DIANA IRENE JIMENO FUMINAYA, como Delegada Departamental”*.

Anotó que Fabián Vicente Cotes González cumplió sus funciones de Registrador Especial, sin recibir siquiera llamados de atención y, a pesar de no haberse cumplido la condición consagrada en el acto de su nombramiento, fue declarado insubsistente a través de la Resolución No. 054 del 18 de julio de 2012, *“comunicada a las 3.30 p.m. del mismo día con oficio No. RNEC-DDG-0777”*.

Expuso que el acto de insubsistencia fue suscrito por los Delegados Departamentales DIANA IRENE JIMENO FUMINAYA y HUMBERTO CARLOS CEBALLOS FERNÁNDEZ, y que éste para el momento que firma tal decisión no había tomado posesión de su cargo como Delegado.

Afirmó que el acto administrativo mediante el cual se declaró la insubsistencia, adolece de los vicios de nulidad por violación directa de la ley,

el desconocimiento de normas en que debía fundarse, falta de motivación, desviación de poder y falta de competencia.

Informó que el 1º de agosto de 2012, la Oficina de Control Interno Disciplinario emitió auto de investigación radicado 048-015-2012, por hechos ocurridos el 18 de julio del mismo año, relacionados con unas supuestas declaraciones que ofreció el señor Fabián Vicente como Registrador Especial, a los medios de comunicación, lo que al parecer debía ser autorizado por los órganos superiores.

Sostuvo que sin confirmar la veracidad de estos hechos, de manera irracional y desproporcionada se le declaró insubsistente el mismo día en que fueron recibidos los correos electrónicos, en los cuales se puso en conocimiento que ofreció declaraciones a los medios. Desconociéndole su derecho al debido proceso, toda vez se le declaró insubsistente sin previo trámite de la investigación disciplinaria, para determinar su responsabilidad.

Que tanto el señor Fabián Vicente, como su familia, fueron afectados por la forma injusta en que fue despedido, causándoles perjuicios de orden moral que deben ser resarcidos.³

Normas violadas y concepto de violación

Como vulnerados señala: artículo 6º, 25, 29, 122, 123 y 209 de la Constitución Política. Artículo 44, 103, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011. Artículo 34, numerales 2º y 15 de la Ley 734 de 2002. Artículo 3º y 4º de la Ley 489 de 1998. Artículo 2º de la Ley 909 de 2004. Artículo 34 y 36 del Decreto 2241 de 1986.

En el concepto de violación planteó cuatro cargos, así:

El primero, expedición irregular y desconocimiento de las normas en que debía fundarse, porque en el acto de nombramiento del señor Fabián Vicente Cotes González, se manifestó que era mientras durase el encargo de la Dra. Diana Irene Jimeno Fuminaya como Delegada Departamental, condición que

³ A fol.98 obra constancia de fecha 15 de enero de 2013, expedida por la Procuraduría 42 Judicial II para Asuntos Administrativos de Riohacha, en la que señala que los actores presentaron solicitud de conciliación prejudicial el 2 de noviembre de 2012, y que la audiencia se llevó a cabo el 15 de enero de 2013, resultando fallida por falta de ánimo conciliatorio.

no se cumplió, porque para el momento de la insubsistencia la aludida funcionaria permanecía aun en dicho encargo, máxime que fue ella, “*en compañía de otro presunto funcionario de hecho*”, quienes emiten el acto de su desvinculación.

El segundo, por ausencia de competencia de uno de los que intervino en la expedición del acto cuestionado, en tanto que el mismo día que se profiere(18-07-2012), fue comunicado a su destinatario a las 3:30 p.m., y afirman que uno de los delegados que lo suscriben, Humberto Ceballos Fernández, actuó sin haber tomado posesión del cargo, puesto que su posesión ocurrió ante el Departamento de la Guajira a las 4.45 p.m., como consta en certificación de la Directora Administrativa de Talento Humano del ente territorial.

El tercero, falsa motivación, al retirarlo sin haber sido vinculado a un proceso o vencido en juicio con las mínimas garantías. Pues, el hecho que la Delegación Departamental de la Guajira hubiera recibido un correo, en el cual se informa a los delegados lo relacionado con unas declaraciones radiales, ameritaba la apertura de un investigación disciplinaria, en la que, respetando la presunción de inocencia, se demostrara que realmente el señor Fabián Vicente había incurrido en una causal de retiro del servicio, y no simular el ejercicio de la facultad discrecional con el fin de castigar ese supuesto hecho.

El cuarto, desviación de poder, pues bajo el ropaje de una facultad discrecional se le desconoció al señor Fabián Vicente Cotes González la garantía al debido proceso, y que la insubsistencia obedeció a una represalia por las supuestas declaraciones ofrecidas a los medios de la ciudad de Riohacha sin previa autorización de sus superiores, por lo tanto, sostienen, la decisión no fue adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirvieron de causa.

Contestación de la demanda

La Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), ejerció su derecho de contradicción, se opuso a las pretensiones y solicitó fueran negadas.⁴

⁴ El escrito de contestación obra a fols.121-167.

Frente a los cargos, señaló:

Al primero, que en la parte considerativa de la Resolución de nombramiento No. 097 del 30 de julio de 2010 se expuso, que como a la Dra. Diana Irene Jimeno Fuminaya -Registradora Especial del Estado Civil 0065-01 de Riohacha- se le encargó como Delegada Departamental 020-04 de la Circunscripción Electoral de la Guajira, se nombraba como Registrador Especial de Riohacha al señor Fabián Vicente Cotes, *“mientras dura el encargo de la doctora Irene Jimeno Fuminaya como Delegada Departamental”*.

Que el encargo como Delegada Departamental de la Guajira de la referida funcionaria terminó a partir del 25 de julio de 2011, luego fue encargada como Delegada Departamental en el Cesar y, posteriormente, del Departamento del Magdalena.

El nombramiento del señor Fabián Vicente Cotes en el cargo de Registrador Especial, fue un nombramiento ordinario, que pertenece al nivel directivo y hace parte de la planta global, por lo tanto es de libre nombramiento y remoción, sin condición alguna, máxime que no ingresó al cargo como resultado de un previo concurso de méritos, por lo tanto podía ser removido de manera discrecional. Que en gracia de discusión, la condición alegada por la parte actora, y de la cual supuestamente pendía la permanencia del señor Fabián Vicente Cotes, se cumplió desde el 25 de julio de 2011, cuando la Dra. Irene Jimeno Fuminaya culminó su primer encargo como Delegada Departamental en la Guajira.

Al segundo, que no es cierto que el Dr. Ceballos Fernández careciera de competencia para suscribir el acto de insubsistencia, porque no sólo fue nombrado para dicho empleo mediante la Resolución No. 5528 del 9 de julio de 2012, sino que tomó posesión ante el Gobernador el 18 de julio del mismo año, antes de suscribir el acto objeto de censura.⁵

⁵ Que si, en gracia de discusión, se partiera de que el Dr. Ceballos era un funcionario de hecho, por no haber tomado posesión para el momento que suscribe el acto de insubsistencia, como lo aduce el accionante; como había sido nombrado desde el 9 de julio de 2012 significa, conforme la jurisprudencia del Consejo de Estado, que los actos que hubiera expedido y suscrito, sin haberse supuestamente posesionado, son válidos y gozan de la presunción de legalidad, basados en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Precisa que en el formato de actas de posesión de la Gobernación de la Guajira, no hay un *ítem* para relacionar la hora de las posesiones, ni existe un registro oficial de las mismas, por ello resulta extraña la certificación que expidió la Directora de Talento Humano del ente territorial, y que aduce la parte actora como prueba, donde manifiesta que el Dr. Ceballos se posesionó a las 4.45 p.m.

Que en el Oficio RNEC-DDG-0777, del 18 de julio de 2012, a través del cual se comunicó la decisión de insubsistencia, el Sr. Fabián Vicente Cotes, de manera abusiva, colocó una hora que no es cierta; pues la funcionaria de Talento Humano de la delegación Departamental de la Registraduría, mediante oficio informó que el Sr. Cotes recibió la comunicación y firmó relacionando día mes y año, pero no hora, y posteriormente, abusando de su confianza, se la solicitó nuevamente y cuando se la regresó le había agregado como hora de recibido 3.30 p.m.⁶

Al tercero, que al tratarse de un funcionario de libre nombramiento y remoción, la insubsistencia resultado de la facultad discrecional de los Delegados Departamentales, no requiere ser motivada, ni exigen como premisa que haya sido agotado un trámite disciplinario previo, como sí se exige en el evento que se tratara de un funcionario de carrera; de ahí que no se le desconoció el supuesto derecho de audiencia y defensa que alega la parte demandante, ni existe falsa motivación.

Al cuarto, que no existe desviación de poder, porque la decisión de insubsistencia se dictó dentro de la facultad discrecional, y no obedeció a la iniciación de un proceso disciplinario, o una retaliación, como lo quiere hacer ver la parte actora.

La accionada propuso las excepciones de i) caducidad; ii) falta de legitimación en la causa por activa e improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, aduciendo que sólo podía demandar el Sr.

⁶ Por supuesto prevaricato el Sr. Fabián Vicente Cotes denunció, penalmente ante la Fiscalía y disciplinariamente ante la Procuraduría, al Dr. Ceballos. La Fiscalía archivó las diligencias el 5 de febrero de 2013, por no encontrar prueba para abrir investigación. Y cita de manera extensa la motivación de la decisión de archivo.

Vicente Fabián, no sus familiares y restablecimiento del derecho; ii) carencia absoluta del derecho; iv) inepta demanda, y v) la genérica.⁷

LA SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo de la Guajira profirió sentencia el 22 de enero de 2014, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.⁹

Abordó -de la mano del análisis del universo probatorio- la decisión de los cargos, así:

1) El acto cuestionado no es ilegal, porque de los empleados de libre nombramiento y remoción no es predicable el fuero de estabilidad, el nominador puede disponer su retiro discrecionalmente y se presume que es por razones del buen servicio; que el ejercicio de la facultad discrecional no está condicionada a una situación particular, como es la condición alegada por la parte actora, en el sentido que su nombramiento duraba mientras durase el encargo de la Delegada Departamental, pues por esa vía se desnaturaliza la esencia del poder discrecional.

Que, en gracia de discusión, la condición que aduce la parte activa se cumplió desde el 25 de julio de 2011, fecha en que la Dra. Jimeno Fuminaya terminó el encargo como Delegada Departamental de la Guajira, pues, luego fue encargada en otros departamentos, por lo tanto, dijo el *a quo*, el argumento

⁷ En la audiencia inicial celebrada el 19 de julio de 2013, que consta en acta No. 018 (fols.190-198), el Tribunal despachó, con razones que comparte esta Sala, desfavorablemente la excepción de caducidad.

Las restantes, al estar determinadas por el fondo del asunto, quedarían decididas en la sentencia.

⁸ La sentencia se ve a fols.231.247.

⁹ El Tribunal ilustra un marco normativo y jurisprudencial, en los siguientes términos: **i)** Que conforme el artículo 6º del Decreto 3492 de 1986, los empleados de la RNEC son de carrera, con excepción, entre otros, del delegado del Registrador del Estado Civil, que es de libre nombramiento y remoción; y que el artículo 32 prevé que en cada circunscripción electoral habrá dos delegados del Registrador, conforme el artículo 33-4, dentro de sus obligaciones está disponer del movimiento del personal en sus respectivas dependencias; así mismo trae a mención el artículo 6º de la Ley 1350 de 2009, por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial de la RNEC, para anotar que el cargo de Registrador Especial es de libre nombramiento y remoción. **ii)** Trae a cita los artículos 26 del Decreto 2400 de 1968 y 41 de la Ley 909 de 2004, para señalar que los empleados de libre nombramiento y remoción pueden ser declarados insubsistentes por el nominador, sin motivar la decisión, en ejercicio de su facultad discrecional, y que tales decisiones se presumen son expedidas en razón del buen servicio, acuñando el tema con jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

del actor en este sentido no tiene la entidad para desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.¹⁰

2) No halló probada la falta de competencia que alega la parte accionante, cuando asevera que el Delegado Departamental del Registrador en el Guajira, Dr. Ceballos Fernández, para el momento que suscribió el acto de insubsistencia y el oficio para comunicarla, no había tomado posesión del cargo ante el Gobernador.¹¹

3) Partiendo de la premisa que el empleo de Registrador Especial es de libre nombramiento y remoción, y que los Delegados Departamentales tenían la facultad legal para, discrecionalmente, declarar la insubsistencia, que se presume ajustada a derecho por razones de buen servicio y no requiere de motivación, sumado que la excelencia, capacidad, idoneidad y eficiencia del empleado no amparado por fuero de estabilidad, no son condiciones que por sí solas sean suficientes para enervar el ejercicio de la facultad discrecional, deja sin piso el cargo de falta de motivación que alegó la parte demandante, como vicio para invalidar el acto administrativo cuestionado.

4) En cuanto a la desviación de poder, inició diciendo que dicha causal imponía un análisis que trascendía la órbita de lo objetivo y formal del acto, para trasladarse a la esfera de lo subjetivo, lo que implica la demostración del *iter desviatorio* para quien la alega como causal de nulidad, en tanto que debe quedar fehacientemente establecido que la autoridad cuestionada actuó con

¹⁰ El Tribunal relacionó los diversos actos administrativos a través de los cuales el Registrador Nacional del Estado Civil realizó los varios encargos a la Dra. Jimeno Fuminaya, como Delegada Departamental en distintos Departamentos (ver fol.240).

¹¹ Dijo el Tribunal, que una vez sopesado i) lo que certificó la Directora Administrativa de Talento Humano del Departamento de la Guajira, que el Dr. Ceballos tomo posesión como delegado el 18 de julio de 2012 a las 4:45 p.m.; ii) el escrito de la funcionaria de la Registraduría en la Riohacha, que hizo la notificación de la insubsistencia, dirigido a los Delegados Departamentales, donde les informa la situación anómala ocurrida con el Sr. Fabián Vicente Cotes, en el sentido que éste, luego de haber firmado la comunicación de la decisión en la que sólo había puesto día mes y año, aprovechando de su confianza se la solicitó nuevamente y cuando se la regresó había relacionado de manera arbitraria la hora de recibido 3:30 p.m.; iii) valorado el testimonio de la Sra. Ada Luz Meza, quien dijo haber estado presente cuando le fue entregada la comunicación al actor; iv) el hecho de que la Directora Administrativa de Talento Humano del Departamento no ratificó ante la Procuraduría la hora que había certificado, y que no es en el despacho de esta funcionaria, sino en el del Gobernador ante quien tomó posesión el Dr. Ceballos, y v) lo considerado por la Fiscalía General de la Nación para archivar las diligencias penales iniciadas contra el mencionado delegado, condujo a: “no tener certeza de forma fehaciente de lo dicho en la demanda, para indicar la falta de competencia de un funcionario que se encontraba nombrado desde el 9 de julio del mismo año y posesionado el mismo día que se declaró la insubsistencia”.

finés personales, a favor de terceros o influenciado por un motivo diverso al cumplimiento de su deberes, que el ordenamiento legal le obliga a observar.

Acto seguido, procedió a valorar los testimonios del Sr. Edwin Enrique Reinoso y de la Sra. Ada Luz Meza Benjumea, concluyendo: Respecto del primero, que su dicho no tiene incidencia para afectar la legalidad del acto administrativo censurado, porque *“rinde testimonio de hechos ocurridos con ocasión de la actuación disciplinaria, que no es objeto de impugnación en este proceso y verificados el 24 o 25 de julio, estos es, de hechos ocurridos con posterioridad al 18 de julio de 2012, fecha de la insubsistencia”*. Y del segundo, anotó que *“nada le consta a la testigo respecto de los motivos”* para remover al Sr. Fabián Vicente Cotes del cargo de Registrador Especial, *“y si los mismos obedecieron a razones subjetivas alejadas de la buena prestación del servicio”*.

Por ello, *“[a] juicio del Tribunal, la parte actora con los testimonios no logra acreditar ni el abuso ni la desviación de poder del nominador con la expedición de la resolución cuya nulidad se pide”*.

Adicionalmente, señaló que no hay prueba que la desvinculación haya sido resultado de una retaliación por las declaraciones rendidas a los medios de comunicación, como lo aduce la parte accionante. Pero que, si la causa del retiro del demandante -como Registrador Especial de Riohacha-, fue por las declaraciones sobre el debate electoral en medio masivo de comunicación, sin estar autorizado, *“ello conlleva razones de buen servicio”*, pues comprometió públicamente a la entidad sin ser su vocero oficial.

LA APELACIÓN

Disconforme con la decisión del Tribunal, la parte actora apela con el fin que se revoque y se acceda a las pretensiones¹². Como argumentos, reitera que:

i) El acto administrativo cuestionado (Resolución No. 054 del 18 de julio de 2012) fue ilegalmente expedido, porque no se pronunció frente a la condición contenida en el artículo primero Resolución No. 097 del 30 de julio de 2010, en el sentido que el nombramiento del Sr. Fabián Vicente Cotes González,

¹² El escrito de apelación obra a fols.255-258.

subsistiría mientras durase el encargo de la titular del mismo como Delegada Departamental, razón por la cual no comparten la consideración del Tribunal, de que la facultad discrecional para remover un empleado de libre nombramiento y remoción no está sujeta a condición alguna.

ii) El *a quo* subvaloró o apreció subjetivamente las pruebas documentales que se aportaron con la demanda, para demostrar la falta de competencia del Dr. Ceballos Fernández para suscribir el acto de insubsistencia, como es la certificación de Yuselis Jiménez Ortiz, Directora Administrativa de Talento Humano del Departamento de la Guajira, y que tampoco le dio validez al testimonio de la Sra. Ada Luz Meza Benjumea, quien fue testigo presencial de la notificación de la declaratoria de insubsistencia y confirma la hora en que se produjo. Que no debió darse ninguna credibilidad al escrito de la responsable de la oficina de Talento Humano de la Registraduría, Ana Iguarán, quien *“fue utilizada”* para decir lo que dijo en su escrito, razón por la que no fue llevada a juicio a declarar, *“pues obviamente hubiésemos descubierto su mentira”*.

iii) Hay carencia de motivación, porque la insubsistencia no obedeció a la facultad discrecional, sino que fue resultado de una represalia de sus superiores *“por presuntamente desconocer una prohibición de emitir comunicados a la opinión pública sobre el proceso electoral”*, y que ante ello, *“lo menos que debió hacerse fue justificar la insubsistencia luego de seguir el procedimiento legal”*.

iv) Existe desviación de poder porque no se respetó la condición, que estaría en el cargo de Registrador Especial de Riohacha mientras durase el encargo de la titular como Delega Departamental; la incompetencia del Dr. Ceballos Fernández para suscribir el acto de insubsistencia, y la existencia de circunstancias ajenas a la discrecionalidad del nominador (sin señalarlas).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora presentó alegatos¹³ y expuso lo mismo de la apelación.

¹³ Se ve a fols.302-305

La entidad demandada también presentó¹⁴, reiterando lo dicho en la contestación a la demanda.

El Ministerio Público rindió concepto¹⁵ y solicitó confirmar la sentencia.

No existiendo causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde en esta ocasión a la Sala establecer si la Resolución No. 054 de 18 de julio de 2003, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Fabián Vicente Cotes González como Registrador Especial del Estado Civil de Riohacha 0065-01, se ajusta a derecho.

TESIS

El acto administrativo cuestionado, tal y como lo estimó el Tribunal en el fallo recurrido, se encuentra conforme a derecho.

Para refrendar esta tesis, la Sala esbozará un breve marco normativo y jurisprudencial; acto seguido, de la mano del análisis de la prueba correspondiente, se abordará la resolución de cada uno de los cargos.

BREVE MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Registraduría Nacional del Estado Civil históricamente ha mantenido regímenes especiales de carrera, en primer término, de origen legal, y actualmente, de raigambre constitucional, en atención a lo dispuesto por el artículo 266 de la Carta Política (modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003).

Empleo de Registrador Especial. De libre nombramiento y remoción

¹⁴ Obra a fols.294-300.

¹⁵ Concepto se ve a fols.306-310.

En ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 62 de la Ley 96 de 1985, el Gobierno Nacional dictó el Decreto Ley 3492 de 1986, "*por el cual se expiden normas sobre la Carrera de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones*", y conforme su artículo 6º, el empleo de **Registrador Especial** se considera de libre nombramiento y remoción.¹⁶

La Ley 443 de 1998¹⁷, relacionó en su artículo 4º la existencia de regímenes especiales de carrera para varias entidades oficiales, entre ellas la Registraduría Nacional del Estado Civil, señalando que las normas legales que contienen estos sistemas particulares continuarán vigentes.

El Decreto Ley 1011 de 2000, "*Por el cual se establece la nomenclatura y clasificación de los empleos de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones*", consagró en los artículos 3º, 4º, y 6º, la clasificación de los empleos en la institución y, allí, se hallan los del nivel Directivo, que corresponden a aquellos que desempeñan funciones de dirección general, de formulación de políticas y adopción de planes, programas y proyectos, nivel en el que se encuentra el empleo de Registrador Especial 0065 03, 0065 02 y 0065 01.

El Decreto Ley 1012 de 2000, "*Por el cual se establece la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan otras disposiciones*", estableció para Departamento de la Guajira el cargo de Registrador Especial 0065 01.

Mediante el Decreto Ley 1014 de 2000, "*se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen La Gerencia Pública*"¹⁸, y del numeral 8º del literal

¹⁶ En lo pertinente, decía el artículo 6º del D L 3492 de 1986:

"Artículo 6º Los empleos de la Planta de Personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil son de Carrera, **con excepción de los siguientes, los cuales son de libre nombramiento y remoción:**
(...)
i) **Los de Registrador Distrital y Especial.**
(...)" (Resalta la Sala).

¹⁷ "**Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones**".

¹⁸ Los Decretos Leyes 1011, 1012 y 1014 de 2000, fueron expedidos en desarrollo de lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 1º de la Ley 573 de 2000.

a) de su artículo 3º, se obtiene que el empleo de Registrador Especial es de libre nombramiento y remoción.

Ahora, con ocasión de la modificación que introdujo el Acto Legislativo No. 01 de 2003 al artículo 266 Superior, la carrera administrativa especial de los servidores de la RNEC se constitucionalizó, en los siguientes términos:

*“La Registraduría Nacional estará conformada por servidores públicos que pertenezcan a una carrera administrativa especial a la cual se ingresará exclusivamente por concurso de méritos y que preverá el retiro flexible de conformidad con las necesidades del servicio. **En todo caso, los cargos de responsabilidad administrativa o electoral serán de libre remoción, de conformidad con la ley.**”* (Lo resaltado es ajeno al texto citado).

De acuerdo al referido acto legislativo, la Registraduría Nacional del Estado Civil posee un régimen especial de carrera, caracterizado por el ingreso a los cargos *exclusivamente por concurso de méritos*, y el retiro *flexible de conformidad con las necesidades del servicio*, y **la libre remoción** para empleados de responsabilidad electoral o administrativa, de conformidad con la ley.

En desarrollo del aludido acto legislativo, el Congreso de la República dictó la Ley 1350 del 6 de agosto de 2009¹⁹, *“Por medio de la cual se reglamenta la Carrera Administrativa Especial en la Registraduría Nacional del Estado Civil y se dictan normas que regulen la Gerencia Pública”*, que en su artículo 6º establece:

“ARTÍCULO 6o. NATURALEZA DE LOS EMPLEOS. Los empleos de la planta de personal de la Registraduría Nacional del Estado Civil tendrán el carácter de empleos del Sistema de Carrera Especial de la Registraduría Nacional, **con excepción de los siguientes empleos de libre nombramiento y remoción:**

a) **Los cargos de responsabilidad administrativa o electoral** que conforme con su ejercicio **comportan la adopción de políticas** o realización de funciones de dirección, conducción, asesoría y orientación institucionales:

(...)

– **Registrador Especial.**

(...).” (Lo destacado es ajeno al artículo en cita).

En el citado numeral, se dispuso que el ejecutivo quedaba facultado para *“Modificar la estructura de la Registraduría Nacional del Estado Civil y su régimen de funciones y competencias internas...y, modificar y dictar las normas sobre el régimen de carrera administrativa específico, el de inhabilidades e incompatibilidades de los servidores de la organización electoral, previsto en el Decreto 3492 de noviembre 21 de 1986”*.

¹⁹ La ley 1350 fue publicada en el Diario Oficial No. 47.433, de 6 de agosto de 2009.

El literal a) del artículo 6º fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-553 del 6 de julio de 2010, MP Dr. Luis Ernesto Vargas Silva, “*en el entendido que los cargos de autoridad administrativa o electoral allí regulados **son de libre remoción y no de libre nombramiento**, por lo cual deberán ser provistos exclusivamente por concurso público de méritos*”.

Por su parte, el artículo 65 de la Ley 1350 de 2009²⁰, dispuso que dentro de los 24 meses siguientes a su entrada en vigencia, es decir, hasta el 6 de agosto de 2011, la RNEC realizaría todas las acciones necesarias para poner en operatividad el sistema de Carrera Especial en ella dispuesto; plazo que fue ampliado hasta el 6 de agosto de 2012, en virtud del artículo 276 de la Ley 1450 de 2011²¹.

Lo anterior se traduce en que con ocasión de la mencionada ley y, en particular, de la sentencia C-553 de 2010, la regla general es que los empleos considerados de libre nombramiento y remoción consagrados en el literal a) del artículo 6º, sólo serán de “*libre remoción*”, mas no de libre nombramiento, en tanto que para ser nombrado en uno de ellos, ya no queda a la discrecionalidad del nominador, sino que debe obedecer a un previo concurso de méritos, para cuya implementación la RNEC tuvo hasta el 6 de agosto de 2012.

Sin embargo, para julio de 2010, cuando -sin previo concurso- es nombrado el Sr. Fabián Vicente Cotes González como Registrador Especial 0065-01 en Riohacha, de la Planta de Personal de la Delegación de la Guajira, no había culminado el plazo para poner en operatividad plena el sistema de Carrera Especial dispuesta en la referida ley, ni siquiera para cuando es declarado

²⁰ “**ARTÍCULO 65.** A partir de la vigencia de la presente ley, la Registraduría Nacional realizará las acciones necesarias para poner en práctica el sistema de Carrera Especial que deberá operar plenamente dentro de los 24 meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley”.

²¹ “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014”. Textualmente dijo en la parte final del inciso 2º de su artículo 276:

“Amplíase hasta el 6 de agosto de 2012, las funciones establecidas en el artículo 65 de la Ley 1350 de 2009”.

insubsistente, de suerte que todavía se hallaba sujeto a la regla general de libre nombramiento y remoción.

El nombramiento del Sr. Cotes fue un nombramiento ordinario, no resultado de un previo concurso de méritos especial, lo que indica que su vinculación se hizo de manera discrecional, de ahí que -con mayor razón- su insubsistencia podría hacerse de la misma manera.

Autoridad nominadora para declarar la insubsistencia el nombramiento de Registrador Especial.

Conforme el artículo 32 del Decreto 2241 de 1986, “*por el cual se adopta el Código Electoral*”²², los dos (2) Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil en cada Circunscripción Electoral, tendrán la responsabilidad y vigilancia de la organización electoral, lo mismo que el funcionamiento de las dependencias de la Registraduría Nacional, a nivel seccional.²³

Y de la lectura de los numerales 3º y 4º del artículo 33 *ibídem*, los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, además de investigar las actuaciones y conducta administrativa de sus subalternos, tienen la facultad para remover el personal en sus respectivas dependencias²⁴, pero las decisiones que asuman dichos delegados, deberán ser de consuno, así lo dispone el artículo 34 del mismo decreto ley²⁵.

²² Expedido en desarrollo de las facultades conferidas al Presidente de la República por la Ley 96 de 1985.

²³ Señala el artículo 32:

“ARTICULO 32. En cada Circunscripción Electoral habrá dos (2) Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, ~~[de filiación política distinta]~~, quienes tendrán la responsabilidad y vigilancia de la organización electoral, lo mismo que el funcionamiento de las dependencias de la Registraduría Nacional, a nivel seccional”. (Nota: La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-230A-08 de 2008, declaró inexecutable el aparte que aparece entre tachado entre corchetes)

²⁴ Dispone el artículo 33, en los numerales mentados:

*“ARTICULO 33. Los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil tendrán las siguientes funciones:
(...)
3. Investigar las actuaciones y conducta administrativa de los empleados subalternos e imponer las sanciones a que hubiere lugar.
4. Disponer el movimiento del personal en sus respectivas dependencias.
(...)”*

²⁵ *“ARTICULO 34. Las decisiones de los Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil serán tomadas de común acuerdo”.*

Por ello, el acto administrativo por el cual es declarado insubsistente el Sr. Fabián Vicente Cotes González, lo suscriben ambos Delegados Departamentales de la Circunscripción Electoral de la Guajira.

La discrecionalidad en materia de funcionarios de libre nombramiento y remoción.

El artículo 125 de la Constitución Política establece, como regla general, para la vinculación de empleados públicos, el sistema de carrera, *“cuya finalidad es la de preservar la eficiencia y eficacia de la función pública, así como garantizar a los trabajadores del Estado la estabilidad en sus cargos y la posibilidad de promoción y ascenso, previo el lleno de las condiciones y requisitos que para el efecto exija la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes”*²⁶.

Sin perjuicio de esta regla general de carrera administrativa, la misma Carta 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 (art. 150-23 C.P.), respetando las excepciones ya señaladas.

En este orden de ideas, el acto administrativo por el cual se desvincula del servicio a una persona que detenta un cargo de **libre nombramiento y remoción**, no se exige motivarlo²⁷, en tanto que la declaratoria de insubsistencia (Decreto 1950 de 1973, artículo 107) responde a *“la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados”*.²⁸

²⁶ Sentencia C-161 de 2003, MP Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

²⁷ Se puede consultar sobre el tema: de la Corte Constitucional sentencia T-222 del 10 de marzo de 2005, MP Dra. Clara Inés Vargas Hernández; y de la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, sentencia del 27 de enero de 2011, radicado interno 2124-07, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²⁸ Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, que es precisamente el que permite la declaratoria de insubsistencia, establece:

*“El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, **sin motivar la providencia**. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida.”*

En este sentido, el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo²⁹, prescribe como condición de la expedición de actos administrativos discrecionales, que el contenido de la decisión sea “*adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa*”.

Adicionalmente, en su extensa jurisprudencia, ha dicho el Consejo de Estado que: el solo hecho de que un empleado de libre nombramiento y remoción, desempeñe sus funciones en forma idónea, competente, responsable y haya observado buena conducta, *per se* no obliga a la administración a mantenerlo en el servicio indefinidamente. La hipótesis contraria conllevaría a que se configurara un fuero de estabilidad especial que es extraño en funcionarios de tal condición. Máxime que el óptimo desempeño en el ejercicio de un cargo, responde a la obligación que tiene todo servidor público de cumplir con la Constitución y la Ley desde el momento en que lo ejerza.³⁰

Finalmente, esta Corporación tiene línea decantada conforme la cual la facultad discrecional del nominador no se enerva por la presentación de acusaciones disciplinarias contra el servidor público de libre nombramiento y remoción, ni por la iniciación de un proceso disciplinario interno o externo, por ende el acto de remoción en esas circunstancias, en sí mismo, no adquiere carácter sancionador, pues, la facultad discrecional es autónoma e independiente de la potestad disciplinaria, no pende de ésta para nada. De ahí que, para el ejercicio de la atribución de desvinculación de servidores que no gozan de estabilidad, no es indispensable efectuar una previa investigación administrativa con traslado de cargos al empleado, porque así no está dispuesto en el marco legal, ni así lo ha considerado el desarrollo jurisprudencial, por ello no puede resultar afectado el debido proceso y el derecho de defensa.³¹

DECISIÓN DE LOS CARGOS

²⁹ Esta disposición es replicada en el artículo 44 del CPACA (Ley 1437 de 2011).

³⁰ Al respecto se puede consultar, sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, del 17 de mayo de 2007, radicado interno 6862-05, CP Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, por mencionar una de tantas.

³¹ Con relación a este tema se puede ver, por aludir a una de las muchas, sentencia de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado, del 13 de octubre de 2005, radicado interno 4464-04, CP Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

1. El primer cargo.

Para la Sala es claro que la Resolución No 054 del 18 de julio de 2012 no fue ilegalmente expedida, por el hecho de no haberse cumplido la supuesta condición que alega la parte actora, consistente en que el Sr. Cotes González tenía derecho a quedarse como Registrador Especial 0065-01 de Riohacha, hasta tanto la Dra. Diana Irene Jimeno Fuminaya, titular del mismo, estuviera como encargada como Delegada Departamental de la Circunscripción Electoral de la Guajira.

Para dejar en evidencia que este cargo no tiene asidero, basta acotar los siguientes elementos de juicio:

Mediante la Resolución No. 9120 del 30 de julio de 2010, el Registrador Nacional del Estado Civil encarga, a partir del 2 de agosto de la misma anualidad, a la Dra. Diana Irene Jimeno Fuminaya -Registradora Especial 0065-01 de Riohacha-, como “*DELEGADO DEPARTAMENTAL 0020-04 Circunscripción Electoral de la Guajira*” (flo.65 C anexo 1).

A través de la Resolución No. 097 del 30 de julio de 2010, “*por la cual se hace un nombramiento de **personal de libre nombramiento y remoción en la Planta de la delegación Departamental de la Guajira***”³², es nombrado el Sr. Fabián Vicente Cotes González para desempeñar el cargo de Registrador Especial del Estado Civil 0065-01 de Riohacha, a partir del 2 de agosto de 2010 “*mientras dura el encargo de la Doctora Diana Irene Jimeno Fuminaya como Delegada Departamental*” (fol.60-61 C anexo 1).

No tiene base, ni legal ni jurisprudencial, que la facultad discrecional del nominador frente a un empleado de libre nombramiento y remoción, como es el empleo para el cual había sido nombrado de manera ordinaria el Sr. Cotes, se halle sujeta a condición alguna, máxime que dicha atribución se presume esgrimida por razones del buen servicio, sin que se exija exponer los motivos de la decisión en el acto que contiene la decisión de insubsistencia.

³² En el considerando de esta resolución se señala que la Dra. Diana Irene Jimeno Fuminaya, titular del cargo de Registrador Especial de Riohacha, fue encargada como Delegada Departamental en la Guajira.

El hecho que se haya señalado en el acto de nombramiento que estaría como Registrador Especial de Riohacha 0065-01, mientras durase el encargo de la Dra. Jimeno como Delegada Departamental de la Guajira, no conlleva limitación alguna a la facultad discrecional del nominador.

Ahora bien, mediante la **Resolución No. 5610 del 12 de julio de 2011**, modificada por la Resolución No. 5834 del mismo mes y año, se da por terminado el encargo de la Dra. Diana Irene Jimeno Fuminaya, como Delegada Departamental de la Circunscripción Electoral de la Guajira, **a partir del 25 de julio de 2011**, y ordena reintegrarse automáticamente al cargo Registrador Especial 0065-01 de Riohacha (fol.66-67 C anexo 1).

Pero, antes de su reintegro, la mencionada funcionaria es encargada como Delegada Departamental de la Circunscripción Electoral del Cesar, luego del Magdalena y, a partir del 29 de noviembre de 2011, de nuevo es encargada como Delegada en la Guajira.³³

Por ello, en gracia de discusión, como bien lo advirtió el *a quo*, al haber terminado el primer encargo de la Dra. Jimeno como Delegada Departamental de la Guajira el 25 de julio de 2011, significó que desde esa fecha se cumplió con la supuesta condición que alega la parte activa, pues, el hecho que nuevamente haya sido encargada de la misma circunscripción electoral, y que hubiera suscrito el acto de insubsistencia en tal condición, no podría entenderse que la alegada condición no se había cumplido, y que ese hecho, en sí mismo, genere la ilegalidad del acto administrativo objeto de censura.

³³ Mediante la Resolución No. 5707 del 13 de julio de 2011 se encarga a la Dra. Jimeno Fuminaya como **Delegada Departamental Circunscripción Electoral del Cesar**. Encargo que se dio por terminado a por medio de la Resolución 7202 del 22 de agosto de 2011 (fol.68-69 C anexo 1).

A través de la Resolución No. 7206 del 22 de agosto de 2011 se encarga a la misma funcionaria como **Delegada Departamental Circunscripción Electoral del Magdalena** (fol.70 *ídem*).

Por Resolución No. 13082 del 29 de noviembre de 2011, nuevamente es encargada como Delegada Departamental Circunscripción Electoral de la Guajira (fol.71 *ibídem*).

Por lo tanto, se confirmará la decisión del Tribunal, que despachó desfavorablemente este cargo.

2. El segundo cargo.

Este cargo lo erigen en una aparente falta de competencia del Dr. Humberto Carlos Ceballos Fernández, uno de los Delegados Departamentales de la Circunscripción Electoral de la Guajira, que suscribió el acto administrativo de insubsistencia, porque, supuestamente, para el momento que firmó esa decisión no se había posesionado ante el Gobernador de la Guajira.

La Sala considera, que el Tribunal no subvaloró, ni apreció subjetivamente la prueba documental y testimonial, aportada y practicada para demostrar este cargo, como se afirma en la apelación. Por el contrario, estima esta Colegiatura, el *a quo* sopesó objetivamente, bajo las reglas de la sana crítica, el conjunto probatorio relacionado con el mismo.

Para dejar nítido lo anterior, es pertinente destacar el siguiente material probatorio:

- Por medio de la Resolución No. 5528 del 9 de julio de 2012, el Dr. Humberto Carlos Ceballos Fernández, es trasladado de la Delegación Departamental de Bolívar a la Delegación Departamental de la Guajira (fol.82 C anexo 1).³⁴
- El 18 de julio de 2012, ante el despacho del gobernador tomó posesión como Delegado Departamental de la Guajira (fol.84 C anexo 1).

Observación: En el formato de acta de posesión no aparece un *ítem* para relacionar la hora.

- A través de Oficio No. RNEC-DDG-0777 del 18 de julio de 2012³⁵, se le comunica al Sr. Fabián Vicente Cotes González que mediante la Resolución No. 054³⁶, de la misma fecha, su nombramiento como Registrador Especial

³⁴ Vale anotar que el Dr. Ceballos Fernández desde el año 2009 había sido vinculado a la Planta Global de la Sede Central, mediante nombramiento ordinario como Delegado Departamental 0020-04 (fol.74-75).

³⁵ Este oficio lo suscriben los Delegados Departamentales Diana Irene Jimeno Fuminaya y Humberto Carlos Ceballos Fernández.

0065-01 de Riohacha, fue declarado insubsistente (fol.64 C anexo 1). Aparece el recibido, donde, además de la firma, se ve fecha del 18-07-2012 y hora 3:30 p.m.

- El 19 de julio de 2012, la Técnico Administrativo de Talento Humano de la Delegación Departamental Circunscripción Electoral de la Guajira, Ana Josefa Iguarán Pinto, dirigió escrito a los Delegados Diana Irene Jimeno Fuminaya y Humberto Carlos Ceballos Fernández, informando la irregularidad acontecida el día anterior con motivo de la comunicación de la insubsistencia al Sr. Fabián Vicente Cotes González. Dijo textualmente³⁷:

“REFERENCIA: COMUNICACIÓN RESOLUCIÓN No. 054 DEL 18 DE JULIO DE 2012 AL DR. FABIAN VICENTE COTES GONZÁLEZ.

Cordial saludos.

En el día de ayer 18 de julio del año en curso después de que la Dra. DIANA IRENE JIMENO FUMINAYA y el Dr. HUMBERTO CARLOS CEBALLOS FERNÁNDEZ, vinieran de la Gobernación de la Guajira, donde se había surtido la posesión protocolaria de este último como Delegado Departamental de la Guajira, Acta entregada a mi persona para el envío a las oficinas centrales de la ciudad de Bogotá, procedí a proyectar la Resolución No. 054 de fecha 18 de julio de 2012 donde se declara insubsistente al Dr. Fabián Vicente Cotes González del cargo de Registrador Especial de Riohacha 0065-01 de la Planta de Personal de la (sic) Guajira, a partir de la fecha.

Simultáneamente a la suscripción de la Resolución, se proyectó el oficio RNEC-DDG-0777, con el fin de comunicar al funcionario de la decisión adoptada por esos despachos.

Al momento de Comunicar el oficio RNEC-DDG-0777, el Dr. Cotes González lo recibió y lo firma junto con la fecha del 18-07-2012. Posteriormente, el funcionario abusando de mi confianza y buena fe me solicita nuevamente la comunicación, que iba a ser enviada a la ciudad de Bogotá y luego archivada a la Hoja de Vida, y coloca una hora en dicho documento. La hora que coloca el Dr. Cotes González en el oficio fue 3:30 p.m., hora que no refleja la realidad, ya que No consultó conmigo la colocación de la misma, haciéndolo de manera arbitraria.

Pongo en conocimiento lo sucedido, teniendo en cuenta que ustedes me dieron la función de proyectar y comunicar, tanto la Resolución y como el oficio, donde se le expone al funcionario la decisión adoptada. Adicionalmente, porque considero que lo realizado por el Dr. Cotes González, es una acto de deslealtad con mi persona y con la entidad. No entiendo (sic) él porque de su actuación si en un principio solo había colocado la firma con la fecha”. (Lo subrayado es ajeno al texto citado).

³⁶ La Resolución 054 del 18 de julio de 2012, “por medio de la cual se declara insubsistente un nombramiento”, aparece a fol.63 C anexo 1.

³⁷ Este escrito obra a fol.85 C anexo 1.

- El 19 de julio de 2012, la Directora Administrativa de Talento Humano del Departamento de la Guajira, Yucelis Jiménez Ortiz, certifica que el 18 de julio “a las 4:45 pm”, el Dr. Ceballos Fernández se presentó “ante este Despacho, con el objeto de tomar posesión del cargo de Delegado Departamental de la Guajira” (fol.33).

- La Directora Administrativa de Talento Humano del Departamento de la Guajira, Yucelis Jiménez Ortiz, rindió declaración ante la Procuraduría Regional de la Guajira³⁸ y, en una de sus respuestas, textualmente dijo: “*En ningún acta de posesión de la Gobernación se coloca la hora de la posesión, únicamente se coloca la fecha, porque nosotros no decimos que tal persona se posesionó a tal hora*”. (Lo subrayado es ajeno al texto citado).

Igualmente, dijo que la posesión del Dr. Ceballos no se llevó a cabo en la Dirección Administrativa de Talento Humano, sino en el despacho del Gobernador.

Observación: Para esta Sala no es entendible, por qué esta funcionaria certificó que el Dr. Ceballos compareció a posesionarse a las 4:45 p.m., si ese dato no aparece en las actas de posesión de la Gobernación de la Guajira, ni existe registro oficial del mismo.

Por ello, no es aceptable lo manifestado en su declaración para justificar lo que certificó, en el sentido que por lo reciente de la posesión sí recordaba la hora, máxime que no señala a pedido de quién se expide, o para qué efectos o a quién está dirigida, lo que le resta credibilidad, si tenemos en cuenta que ya había dicho: “*nosotros no decimos que tal persona se posesionó a tal hora*”, y que igualmente había aclarado que la posesión no se hizo en la Dirección Administrativa de Talento Humano, sino en el despacho del Gobernador.

- En audiencia de pruebas celebrada el 27 de septiembre de 2013, el Tribunal recibió el testimonio de la Sra. Ada Luz Meza Benjumea³⁹, prueba

³⁸ Testimonio rendido dentro de investigación disciplinaria, que inició la Procuraduría contra los Delegados Departamentales Diana Irene Jimeno Fuminaya y Humberto Carlos Ceballos Fernández, por queja que había presentad el Sr. Fabián Vicente Cotes González. (Esta declaración obra fol.90-91 C anexo 1).

³⁹ Su testimonio obra en **CD**, que aparece a fol.224 A.

que había sido decretada a petición de la parte actora. En su declaración dijo:

“Yo presencié algo que sucedió en el despacho del Registrador el 18 de julio de 2012, en el cual yo me encontraba allí coordinando con el Dr. Fabián Cotes en ese entonces Registrador del Municipio de Riohacha, la atención que se le brinda a la población víctima o la población desplazada, de la cual yo, como función, hago parte de la atención y reparación a las víctimas. Ese día, recuerdo que estaba coordinando ese tipo de atención como profesional de la Unidad como a eso de las 3:15 o 3:30 de la tarde, que me encontraba en su despacho, llegó la Sra. Ana Iguarán y le informo al Dr. Fabián Cotes, mediante escrito, que el ya no iba a seguir trabajando para la Registraduría, del cual observé que el Dr. Fabián firmó un oficio y le preguntó a la señora que dónde se encontraba el delegado o el jefe y escuché cuando la Sra. Ana manifestó que se encontraba en la Gobernación tomando posesión, luego firmó el documento. La señora salió, el Dr. Fabián hizo una llamada por lo que percibí, es algún familiar donde le manifestó que estaba afuera de la Registraduría; en vista de esa situación le manifesté que me retiraba y me manifestó que la coordinación debía hacerla con la nueva persona que nombraran como Registrador”.

Observación: Para esta Sala no tiene suficiente entidad la manifestación que hace esta declarante, no sólo por el tiempo transcurrido entre el 18 de julio de 2012 y la fecha en que rinde su declaración, sino que, no existe soporte en las reglas de la experiencia que permita, de manera particular, aceptar su afirmación de que: eran entre 3:15 o 3:30 p.m., cuando fue notificada la decisión de insubsistencia al Sr. Cotes González, por el hecho de encontrarse ese día, según dice, en el despacho de éste; ni mucho menos que escuchó a la funcionaria de la registraduría, que comunicó la decisión, manifestar que en ese instante el Dr. Ceballos se encontraba en la Gobernación.

- Mediante decisión del 23 de enero de 2013⁴⁰, la Fiscalía General de la Nación ordenó el archivo de las diligencias penales, que había iniciado por del denunció formulado por Sr. Cotes González contra los Delegados Departamentales de la Registraduría, al no hallar prueba de que el Dr. Ceballos no hubiera tomado posesión, para cuando firmó la decisión de insubsistencia y el oficio para comunicar la misma. En la parte considerativa, señaló la Fiscalía:

“Ciertamente que el señor FABIÁN VICENTE COTES GONZÁLEZ se amalaya el haber sido declarado insubsistente por parte del señor HUMBERO CABALLERO (sic) FERNANDEZ Y LA SEÑORA DIANA IRENE JIMENO FUMINAYA en calidades de Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, mediante oficio No.

⁴⁰ Esta decisión se ve a fols.94-97 C anexo 1.

RNEC-DDG-0777 una hora antes de haber tomado posesión del cargo el primero, puesto que el recibido del oficio donde fue declarado insubsistente tiene fecha 18 de julio de 2012 a las 3:30 p.m., mientras que según certificación emanado (sic) de la señora YUCELES JIMENEZ ORTIZ, quien es Directora Administrativa de talento humano (sic) DE LA Gobernación de la Guajira, se nos dice que el mismo se posesionó a las 4:45 del mismo día.

Sin embargo, estos ítem se ven afectados por circunstancias que las hacen imprecisa, como es el hecho que el acta de posesión señor (sic) HUMBERTO CABALLERO FERNÁNDEZ en su calidad de Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, que aparece anexa a la carpeta no le aparece hora de la misma, quedando este hecho sin poder comprobarse, y atendido solo a la certificación emanada de la funcionaria de la Gobernación, la cual podría quedar al arbitrio de equivocarse de hora por no saber las circunstancias que la conllevaron a estar pendiente de la posesión del funcionario, si el formato no lo requería. Luego entonces ese decir que la posesión del funcionario Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil, fue después de haber recibido el oficio donde se le comunicaba la insubsistencia no quedó confirmado, por lo que podemos decir que no estamos frente a una posible usurpación de funciones por parte del funcionario público y menos aún de un prevaricato por acción...” (Subrayas extrañas al texto citado).

Visto el conjunto de pruebas acabadas de relacionar, a las que se hicieron observaciones a algunas, para esta Colegiatura resultan insuficientes, en especial las que resalta la parte accionante⁴¹ para refrendar la supuesta falta de competencia; por lo tanto, acierta el Tribunal cuando dice que “*no hay plena prueba de la existencia de esa irregularidad jurídica*”.

Al igual que lo manifestó el *a quo*, estima esta Sala que, al dicho de la empleada de la Registraduría en su informe del 19 de julio de 2012 a los Delegados, “*por lo explícito de su manifestación con detalles de modo, tiempo y lugar*”, se le debe otorgar mayor credibilidad, comparado con la hora que certifica la Directora Administrativa de Talento Humano del Departamento de la Guajira, teniendo en cuenta que: i) en el formato de las actas de posesión no aparece un ítem para relacionar hora, ni queda un registro oficial de la hora de las posesiones; ii) esta funcionaria no ratificó, en la declaración ante la Procuraduría Regional de la Guajira, la hora que certificó, por el contrario, reconoció que “*en ningún acta de posesión de la Gobernación se coloca la hora de la posesión, únicamente se coloca la fecha, porque nosotros no decimos que tal persona se posesionó a tal hora*”; iii) la

⁴¹ La parte activa como soporte para el cargo de la supuesta falta de competencia, adjuntó a la demanda: 1) la certificación de la Directora Administrativa de Talento Humano del Departamento de la Guajira, 2) el Oficio No. RNEC-DDG-0777 del 18 de julio de 2012, por medio del cual se le comunica la decisión de insubsistencia y 3) solicitó se recepcionara el testimonio de la Sra. Ada Luz Meza Benjumea.

posesión del Dr. Ceballos se hizo en el despacho del Gobernador, no en la mencionada Dirección, y iv) esa certificación no señala a pedido de quién se expide, o para qué efectos o a quién está dirigida, como si tratara de un documento suelto, sin rumbo, sin embargo, fue a dar a manos de la parte actora, que la adjuntó a la demanda.

Ahora, en la apelación asevera el apoderado de los actores, que no debió darse ninguna credibilidad al escrito de la empleada de la Registraduría, Ana Iguarán, porque *“fue utilizada”* para decir lo que dijo, y que si hubiera declarado dentro del proceso, *“hubiésemos descubierto su mentira”*.

Entonces se pregunta la Sala: *¿Por qué, si pudo solicitarle al Tribunal que decretase la prueba para dejar en evidencia la supuesta mentira de dicha funcionaria, no lo hizo?*

Finalmente, y en gracia de discusión, le asiste razón a la entidad accionada, cuando en su contestación (ver fol.137), señaló que si el demandante estima que el Dr. Ceballos expidió un acto administrativo sin estar posesionado, pero sí nombrado (el día 9 de julio de 2012), se puede decir que estaríamos ante un *“funcionario de hecho”*, y que la jurisprudencia del Consejo de Estado, lo cual es cierto, ha señalado que los actos administrativos que expidan estos funcionarios, son válidos y gozan de la presunción de legalidad.⁴²

Sin lugar a adicionales disquisiciones, este cargo no prospera.

3. El tercer cargo.

⁴² La Sección Segunda, Subsección A, del Consejo de Estado, en sentencia del 26 de marzo de 2009, radicado interno 689-06, CP Dr. Luís Rafael Vergara Quintero, sobre los funcionarios de hecho y/o de facto, reiteró:

“La doctrina, así como la jurisprudencia del Consejo de Estado, han definido a los funcionarios de facto o de hecho, como aquellos que carecen de investidura o que la tienen, pero de manera irregular, desempeñan funciones que corresponden efectivamente a un empleo público debidamente creado y tienen los mismos derechos salariales y prestacionales que el régimen jurídico vigente reconoce a los funcionarios de iure. Los actos administrativos expedidos por ellos son válidos y están amparados por la presunción de legalidad, porque se consideran como si hubieran sido expedidos por funcionarios de derecho y porque ejercen sus funciones en condiciones de plena verosimilitud, tal como lo hacen éstos, de modo que la opinión general cree razonablemente que se trata de funcionarios investidos válidamente de función pública”.

Alegan lo actores una supuesta falta de motivación, porque la decisión de insubsistencia debió ser resultado de una investigación, en la que se le hubiera dado oportunidad al Sr. Fabián Vicente Cotes González de contradecir el informe que llegó el 18 de julio de 2012, concerniente al hecho de haber incurrido en la prohibición de emitir declaraciones radiales a la opinión pública sobre el proceso electoral.

En primer lugar, la falta de motivación del acto de declaratoria de insubsistencia del Sr. Fabián Vicente como Registrador Especial de Riohacha 0065-01, es decir, la omisión de los supuestos normativos que sustentan la decisión, no constituye un vicio de nulidad, porque, repite la Sala, tratándose del ejercicio de la facultad discrecional del nominador, no requería motivación alguna, y se presume ejercida en aras del buen servicio.

En segundo lugar, respecto de empleados de libre nombramiento y remoción, el nominador no requiere, como premisa, para esgrimir la facultad discrecional, la existencia de una investigación administrativa y/o disciplinaria, como si se tratara de empleados de carrera.

Pues, como se anotó en acápite anteriores, la facultad discrecional es autónoma e independiente de la potestad disciplinaria, no está sujeta a ésta, por ello, para la desvinculación de empleados que no gozan de fuero de estabilidad, no es indispensable efectuar una previa investigación con traslado de cargos y, este hecho en sí, no puede conllevar a creer -como lo hace la parte activa-, que la decisión obedeció a una simple represalia, o que se haya vulnerado la presunción de inocencia.⁴³

4. El cuarto cargo.

Plantean los demandantes que hay desviación de poder, porque existieron circunstancias ajenas a la discrecionalidad del nominador, sin embargo, el apoderado no señala cuáles, salvo insistir en que no se cumplió la condición

⁴³ Es con posterioridad a la decisión de insubsistencia, que la Delegación Departamental de la Guajira dio inicio a investigación disciplinaria contra el Sr. Fabián Vicente Cotes, por los hechos que puso en conocimiento, a través de correo electrónico del 18 de julio de 2012, la Jefe de la Oficina de Control Disciplinario de la Registraduría.

A fols.155-158 C anexo 1, obra Auto del 1º de agosto de 2012, por el cual los Delegados Departamentales del Registrador en la Guajira, ordenan investigación disciplinaria contra el Sr. Fabián Vicente Cotes González.

para remover al Sr. Cotes González, o la falta de competencia del Delegado Dr. Ceballos Fernández, aspectos que ya quedaron dilucidados al decidir los dos primeros cargos, razón por la cual la Sala no volverá a pronunciarse sobre ellos.

Se ha dicho que la Desviación de Poder es una causal que no resulta fácil de comprobar, por tratarse de presupuestos subjetivos o personales que en ocasiones no se alcanzan a revelar. Por lo mismo, el Consejo de Estado en su amplia jurisprudencia ha reiterado que, en tratándose de actos de retiro del servicio por declaratoria de insubsistencia, la facultad discrecional de remover libremente al personal, no puede sustentarse en razones diferentes a las del buen servicio y debe ejercerse en consonancia con el interés general, sin que pueda inspirarse dicha potestad en motivos de orden personal o para favorecer intereses propios o de terceros.⁴⁴

Analizadas las declaraciones de la Sra. Ada Luz Meza Benjumea, quien dijo hallarse en la oficina del afectado el día que le comunicaron la insubsistencia, y del Sr. Edwin Enrique Reinoso⁴⁵, quien manifestó haber acompañado al afectado días después de la insubsistencia, a notificarse de un proceso disciplinario, pruebas solicitadas por la parte actora, es claro que, para efectos de desdibujar la presunción de legalidad que ampara la decisión censurada, carecen de incidencia, pues, no les consta nada en cuanto a los motivos que tuvo el nominador para remover el Sr. Fabián Vicente como Registrador Especial de Riohacha, y si los motivos obedecieron a razones subjetivas alejadas de la buena prestación del servicio.

⁴⁴ Al respecto, se puede consultar sentencia de la Sección Segunda, Subsección "A" del Consejo de Estado, del 26 de junio de 2008, radicado interno 7793-05, CP Dr. Alfonso Vargas Rincón, por mencionar una de tantas.

⁴⁵ Su testimonio se recibió el 27 de septiembre de 2013, (ver CD a fol.224 A). Dijo en su declaración el Sr. Edwin Enrique Reinoso

"Atendiendo que el 18 de julio de 2012 el Dr. Fabián Cotes fue declarado insubsistente por la Registraduría Nacional siendo abogado de profesión y he venido trabajando con él en casos anteriores él me solicitó que lo acompañara a notificarse de un proceso disciplinario que se había abierto en su contra posterior a la fecha de haberse declarado insubsistente, nos acercamos el 24 de julio de 2012 a la Registraduría Nacional ubicada ahí al frente de la Policía Nacional y a la oficina del Dr. Humberto Ceballos Delegado Departamental y él se notificó de dicho proceso... una vez enterado del proceso disciplinario, posteriormente del acto de insubsistencia, el Dr. Fabián Cotes presentó denuncia penal ante la Fiscalía contra los delegados Departamentales y una denuncia ante la procuraduría..."

Lo que sí es cierto, es que conforme el artículo 29 del Decreto Ley 1010 de 2000⁴⁶, la RNEC canaliza la información hacia los medios de comunicación, en el ámbito nacional y regional, a través de la Oficina de Comunicaciones y Prensa, y que a través de las Circulares 0095 del 18 de septiembre de 2009, 0098 del 26 de mayo y 151 del 29 de septiembre de 2010⁴⁷, el Registrador NEC les recordaba a todos los funcionarios lo dispuesto en este artículo, aclarando que *“los únicos voceros autorizados para dar declaraciones ante los medios de comunicación son los miembros del equipo directivo en los asuntos de su competencia, los Registradores Distritales y los Delegados Departamentales. Ningún otro funcionario se encuentra autorizado para dar declaraciones, independientemente de su contenido”*. (Resaltado ajeno al texto citado).

El día 18 de julio de 2012, que coincidió con la insubsistencia, la Jefe de la Oficina de Control Interno Disciplinario de la RNEC, siendo las 9:39 a.m., envió correo electrónico a los Delegados Departamentales Diana Irene Jimeno Fuminaya y Fernando Sánchez Amórtegui, sobre lo declarado en radio por el actor, en los siguientes términos:

“Revisado el archivo anexo advertimos que el Registrador Especial de Riohacha, ofreció declaraciones a los medios en la ciudad de Riohacha, incumpliendo lo establecido en la Resolución 2127 de 16 de abril de 2009 y las instrucciones impartidas las circulares 0095 de 2009, 098 y 151 de 2010 en la que se señala

⁴⁶ *“Por el cual se establece la organización interna de la Registraduría Nacional del Estado Civil y se fijan las funciones de sus dependencias; se define la naturaleza jurídica del Fondo Social de Vivienda de la Registraduría Nacional del Estado Civil; y se dictan otras disposiciones”*.

Textualmente dicen los numerales 7 y 8 del artículo 29 del Decreto 1010 de 2000:

“ARTICULO 29. OFICINA DE COMUNICACIONES Y PRENSA. *Son funciones de la Oficina de Comunicaciones y Prensa:*

(...)

7. Canalizar la información de la Registraduría Nacional hacia los medios de comunicación masivos en el ámbito nacional y regional, así como ofrecer los elementos de soporte necesarios en los aspectos gráficos, visuales e informativos.

8. Atender las relaciones periodísticas y públicas con los medios de comunicación.

(...)”

⁴⁷ Estas Circulares obran a fols.317-322 del cuaderno que contiene el expediente administrativo.

que “los únicos voceros autorizados para dar declaraciones ante los medios de comunicación son los miembros del equipo directivo en los asuntos de su competencia, los Registradores Distritales y los Delegados Departamentales”.

Teniendo en cuenta los anteriores hechos, comedidamente les solicito iniciar las actuaciones disciplinarias correspondientes e informen de las mismas a esta Oficina en el término de 3 días.”⁴⁸

Como quiera que el empleo de Registrador Especial, ocupado por el Sr. Fabián Vicente Cotes, era de libre nombramiento y remoción, su estabilidad en el mismo estaba dada por la relación de confianza que existiera entre él y su nominador, confianza que resultó lesionada por la actuación del demandante, por lo tanto era legítimo, como acertadamente lo anotó el Tribunal, hacer uso de la facultad discrecional, medida que, aprecia esta Sala, resultó proporcional y razonable a los fines perseguidos por la entidad.

La apreciación de los medios de prueba exige que el juzgador pueda lograr un nivel de convicción sobre la desviación de poder, de manera que el juicio de probabilidad que construya permita arribar a conclusiones razonables. Estas, desde luego, requieren que dicho juicio de probabilidad se funde en elementos fácticos de los cuales se pueda inferir que la administración se desvió de los propósitos que planteó la ley, cuando confirió a la autoridad el ejercicio de la facultad discrecional.⁴⁹

En el caso concreto, una vez analizado el material probatorio, la Sala no encuentra sustento que permita inferir que el acto expedido por los Delegados Departamentales de la Registraduría Nacional del Estado Civil de la Guajira, a través del cual se declaró insubsistente el nombramiento del Sr. Fabián Vicente Cotes González, haya sido expedido por razones distintas al buen servicio público, ni se logró establecer que el mismo se hubiera desmejorado con su salida.

De ahí que, se reitera, la finalidad perseguida en este caso con la remoción es razonable, porque estuvo dirigida a asegurar la permanencia de la

⁴⁸ Este correo obra a fol.249 del cuaderno que contiene el expediente administrativo.

⁴⁹ En sentencia T- 317de 2013, dijo la Corte Constitucional:

*“Así, para desvirtuar la legalidad del acto de insubsistencia, es necesario que se genere una **certeza incontrovertible** en el juzgador, sobre la **actuación arbitraria del nominador**, esto es, que en la decisión hubo desviación de poder.”*

confianza que supone el ejercicio del cargo de Registrador Especial, independientemente que se tramitara un proceso disciplinario.

Bajo ese entendido, en el *sub lite*, la actuación de la Registraduría no puede entenderse como arbitraria o que no se sustentó en motivos válidos, ya que la decisión adoptada respondió por un lado, a los fines de la norma que otorga dicha potestad y, del otro, a la proporcionalidad entre los hechos respecto de los cuales se cuestionó al servidor y la consecuencia jurídica que se generó.

Dicho lo anterior, el cargo de desviación de poder no prospera.

Conclusión. Resultado de no probarse causal alguna, de las alegadas por la parte activa para afectar la legalidad de la Resolución No. 054 del 18 de julio de 2012, se impone la confirmación de la sentencia del Tribunal.

Decisión

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia del de 22 de enero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira dentro del proceso de la referencia, conforme lo expuesto en la parte motiva.

Segundo.- Reconocer personería para actuar en representación judicial de la REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL a la Dra. MARISOL DEL PILAR URDINOLA CONTRERAS, identificada con C.C. No.52.055.372 y T.P No. 87362 del C.S.J., conforme poder que obra a folio 280.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ
(E)**

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO