



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

CONSEJERO PONENTE: RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda
Demandado: Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores

Temas: Insubsistencia

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, por medio de la cual se declaró, de oficio, la excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

1. Antecedentes

1.1. La demanda

1.1.1. Las pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor Ramón Domingo Sepúlveda formuló demanda, en orden a que se declare la nulidad de la Resolución 2505 de 9 de abril de 2014, emitida por la ministra de Relaciones Exteriores, mediante la cual se declaró insubsistente su nombramiento como auxiliar de misión diplomática Código 4850, Grado 26 de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares adscrito al Consulado General de Colombia en Maracaibo (Venezuela).

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



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

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

1.1.2. Hechos

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

i) El 27 de enero de 2003, el señor Ramón Domingo Sepúlveda se vinculó laboralmente a la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares.

ii) Desde el 30 de julio de 2007 y hasta abril de 2014, le asignaron funciones consulares en el Consulado General de Colombia en Maracaibo (Venezuela).

iii) El 9 de abril de 2014, mediante Resolución 2505, la ministra de Relaciones Exteriores declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de auxiliar de misión diplomática, Código 4850, Grado 26 de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General de Colombia en Maracaibo (Venezuela).

iv) Durante su vinculación laboral en el Ministerio de Relaciones Exteriores ejerció sus funciones de manera óptima y eficaz.

v) El 30 de octubre de 2014, se declaró fallida la diligencia de conciliación por falta de ánimo conciliatorio.

1.1.3. Normas violadas y concepto de violación

Como tales, se señalaron los artículos 4, 6, 122, 125, 130 y 209 de la Constitución Política; y, 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativos.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

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

i) El acto administrativo censurado fue expedido con desviación de poder, en la medida en que la facultad discrecional se utilizó como una retaliación en su contra, teniendo en cuenta que en las elecciones del Congreso de la República del año 2014, se presentaron denuncias de fraude laboral sobre el puesto de votación de Maracaibo, el cual era controlado por el señor Domingo Sepúlveda.

ii) Al respecto, es dable resaltar que la declaratoria de insubsistencia se dio en plena ley de garantías; se efectuó después de los escándalos por posibles fraudes de los consulados de Colombia en Venezuela; y fue producto de su estrecha relación con el senador Juan Manuel Corzo.

iii) No se buscó el mejoramiento del servicio, dado que luego de que fuera desvinculado no fue nombrado nadie en su reemplazo.

iv) Aunado a lo anterior, no se expusieron los motivos por los cuales su nombramiento fue declarado insubsistente.

1.2. Contestación de la demanda

1.2.1. De la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores

La Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores, a través de apoderada, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por las razones que se expresan a continuación:¹

i) En atención a la facultad discrecional y a la naturaleza del cargo desempeñado por el demandante, esto es, de libre nombramiento y remoción, el nominador de la entidad se encuentra autorizado para nombrar en dichos empleos a personas de su entera confianza y manejo, con el fin de mejorar el servicio.

¹ Folios 49 a 62.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

ii) No se incurrió en desviación de poder, por cuanto no se acreditó, con ninguna prueba, la afirmación de que la expedición del acto administrativo demandado se debió a su afinidad política y a las denuncias por el supuesto fraude en las elecciones del 2014.

1.3. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A mediante sentencia proferida el 15 de julio de 2021, declaró probada, de oficio, la excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Para tal efecto, se pronunció en los siguientes términos:²

i) De conformidad con lo manifestado por el demandante y las pruebas allegadas al expediente, el acto de declaración de insubsistencia le fue notificado el 10 de abril del mismo año y su retiro en la entidad fue hasta el 9 de junio de 2014, por lo que el plazo de caducidad de la acción debía contabilizarse desde el día 10 de junio de 2014 y como quiera que la demanda fue presentada el 31 de octubre de 2014, es claro que se configuró la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

ii) A manera de pedagogía judicial, debe resaltarse que como el cargo del demandante era de libre nombramiento y remoción, podía ser declarado insubsistente de manera discrecional.

1.4. El recurso de apelación

El señor Ramón Domingo Sepúlveda, por conducto de apoderado, interpuso recurso de apelación³ y lo sustentó así:

i) El tribunal de primera instancia vulneró su derecho al debido proceso, por cuanto no se le notificó, por correo electrónico, la decisión de precluir las etapas procesales, como la audiencia de pruebas y, por lo tanto, no tuvo la posibilidad de interponer los recursos pertinentes al no estar de acuerdo con dicha determinación.

² Folios 85 a 88.

³ Folios 92 a 95.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

ii) El *a quo* no tuvo en cuenta que se acreditó el requisito de procedibilidad relacionado con la conciliación prejudicial y que éste interrumpió el término de caducidad previsto en la normativa, por lo que, en consecuencia, la demanda sí fue interpuesta en tiempo.

iii) Insiste en que se configuró una desviación de poder, en tanto que la declaración de insubsistencia de su nombramiento no obedeció al mejoramiento del servicio sino a un motivo personal, ocasionado por las denuncias de fraude electoral que se presentaron en Maracaibo (Caracas), en las elecciones del Congreso de la República, en el cual él estuvo a cargo.

1.5. Alegatos de conclusión en segunda instancia

De conformidad con los artículos 243 y 247, numerales 3, 4, 5 y 6 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, último que fue modificado por el artículo 67 de la Ley 2080 de 2021 y teniendo en cuenta que no hubo solicitud de pruebas en el recurso de apelación, se prescindió de la etapa de alegatos de conclusión.

1.6. El Ministerio Público

Guardó silencio.

La Sala decide, previas las siguientes

2. Consideraciones

2.1. Cuestión previa

El señor Ramón Domingo Sepúlveda sostuvo que el *a quo* vulneró su derecho al debido proceso por cuanto no se le notificó, por correo electrónico, la decisión de prescindir de las etapas procesales del medio de control interpuesto.

Para el efecto, se observa que luego de admitida la demanda, mediante Auto de 14 de noviembre de 2019, el Despacho encargado del asunto fijó fecha y hora para la



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

realización de la audiencia inicial, la cual se llevaría a cabo el 15 de abril de 2020,⁴ decisión que fue notificada por estado de 20 de noviembre de 2019.

El 10 de julio de 2020, el Despacho del magistrado ponente decidió lo siguiente:⁵

Examinado el expediente de la referencia se ha verificado que con las pruebas documentales sobrantes en el mismo, es posible adoptar la decisión de fondo, atendiendo que sobre la materia del mismo existe línea decisión vertical en el tribunal administrativo de Cundinamarca. Teniendo en cuenta las disposiciones... Córrase traslado a las partes por el término de 10 días a partir de la notificación de esta providencia para que allegue los alegatos de conclusión por medio escrito. Igualmente dentro de ese término común, el agente del ministerio público podrá emitir concepto de fondo por escrito si así lo considera.

Dicha decisión fue notificada por estado el 29 de julio de 2020.

Luego de que la entidad demandada presentará sus alegatos de conclusión, el 15 de julio de 2021, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A profirió sentencia de primera instancia.

Respecto a las notificaciones personal y por estado, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala lo siguiente:

ARTÍCULO 198. PROCEDENCIA DE LA NOTIFICACIÓN PERSONAL. Deberán notificarse personalmente las siguientes providencias:

1. Al demandado, el auto que admita la demanda.
2. A los terceros, la primera providencia que se dicte respecto de ellos.
3. Al Ministerio Público el auto admisorio de la demanda, salvo que intervenga como demandante. Igualmente, se le notificará el auto admisorio del recurso en segunda instancia o del recurso extraordinario en cuanto no actúe como demandante o demandado.
4. Las demás para las cuales este Código ordene expresamente la notificación personal.

(...)

ARTÍCULO 201. NOTIFICACIONES POR ESTADO. Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario. La inserción en el estado se hará el día siguiente al de la fecha del auto y en ella ha de constar:

(...)

De las notificaciones hechas por Estado el secretario dejará certificación con su firma al pie de la providencia notificada y se enviará un mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección electrónica.

⁴ Folio 77.

⁵ Folio 79.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

Así, contrario a lo sostenido por el actor, el auto a través del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió prescindir de la audiencia de pruebas no debía ser notificado por correo electrónico sino por estado, como en efecto se hizo, motivo por el cual no habría irregularidad alguna.

Ahora, si bien dentro del expediente no obra prueba del envío del mensaje de datos que establece el artículo 201 del CPACA, lo cual, en principio, hace que la notificación por estado se entienda como no surtida, encuentra la Sala que no se vulneró el derecho al debido proceso, por cuanto, **primero**, el actor no expuso en el recurso cuáles eran sus argumentos para recurrir la decisión, **segundo**, no señaló qué prueba hubiera querido allegar o solicitar en la audiencia de pruebas que se prescindió; **tercero**, en el recurso de apelación no trae argumentos diferentes a los señalados en el escrito de la demanda, es decir, que en los alegatos de conclusión que el actor no presentó porque, supuestamente, no se entendió notificado, no habría consideraciones adicionales que el tribunal hubiera podido estudiar en la sentencia; y, **cuarto**, la entidad demandada sí presentó alegatos de conclusión, pese a que se efectuó la misma notificación para las partes.

2.2. El problema jurídico

Se circunscribe a determinar si (I) se configuró la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, como lo señaló el tribunal de primera instancia y, de llegarse a establecer que no, (II) si con la expedición del acto administrativo acusado, la entidad demandada incurrió en desviación de poder, en tanto que la facultad discrecional no fue ejercida conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales y el retiro del actor de la entidad demandada no fue producto del mejoramiento del servicio sino de una retaliación en su contra.

2.2. La caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

Uno de los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consiste en que la demanda debe interponerse dentro del término fijado por el legislador, pues, de lo contrario, se configura el fenómeno jurídico de la caducidad.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

En efecto, el ordenamiento constitucional establece la garantía de acceso efectivo a la administración de justicia, la cual conlleva el deber de ejercer oportunamente el derecho de acción, so pena de que las situaciones adquieran firmeza y no puedan ser discutidas en sede judicial. Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido:

El legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia.

[...]

La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general.⁶

En este orden de ideas, la caducidad es la sanción que limita el ejercicio del derecho sustancial como consecuencia del uso de las acciones judiciales y los medios de control por fuera del plazo que la ley establece para ello. Además, es un presupuesto ligado al principio de seguridad jurídica, encaminado a eliminar la incertidumbre que representa la eventual revocatoria de los actos de la administración en cualquier tiempo. A su vez, esta situación define la carga procesal que tienen las partes para impulsar el litigio, pues, de no hacerlo, se pierde la oportunidad para acudir ante la administración de justicia.⁷

Ahora bien, el artículo 164 del CPACA establece los términos para acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En esta oportunidad es pertinente

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-832 del 8 de agosto de 2001, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

⁷ Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional C-652 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, «El derecho de acceso a la administración de justicia resultaría seriamente afectado en su núcleo esencial si, como lo anotó la Corte, “este pudiera concebirse como una posibilidad ilimitada, abierta a los ciudadanos sin condicionamientos de ninguna especie”. Tal interpretación, evidentemente llevaría a la parálisis total del aparato encargado de administrar justicia, e implicaría per se la inobservancia de ciertos derechos de los gobernados, en particular aquel que tienen las personas de obtener pronta y cumplida justicia».



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

resaltar el numeral 2, literal d), de la referida norma, por estar directamente relacionado con el asunto objeto de la controversia:

Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

[...]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

[...]

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

De acuerdo con el anterior enunciado normativo, la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho debe interponerse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo acusado, so pena de que opere el fenómeno jurídico de la caducidad, el cual no se puede revivir por ninguna circunstancia.

A su turno, el artículo 21 de la Ley 640 de 2001 disponía que la solicitud de conciliación suspende el término de caducidad del medio de control, por una sola vez, «hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero»;⁸ esta norma encontraba eco en el artículo 3 del Decreto 1716 de 2009,⁹ «[p]or el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001».

⁸ Al respecto puede consultarse: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia del 25 de noviembre de 2009, expediente número: 05000-12-31-000-2009-00858-01 (37555), M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

⁹ «**Artículo 3º. Suspensión del término de caducidad de la acción.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta:

a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o

b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, o

c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

(...)».



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

Finalmente, vale la pena precisar que la Ley 640 de 2001 fue derogada por la Ley 2220 de 2022,¹⁰ «[p]or medio de la cual se expide el estatuto de conciliación y se dictan otras disposiciones», cuyo artículo 56¹¹ reprodujo, en términos similares, el contenido del citado artículo 21 de la Ley 640 de 2001.

En el *sub examine* se encuentra acreditado lo siguiente:

- i) El 10 de abril de 2014, se le notificó al señor Ramón Domingo Sepúlveda la Resolución 2505 de 9 del mismo mes y año, a través de la cual se declaró insubsistente su nombramiento.¹² No obstante, de acuerdo a la certificación emitida por la coordinadora de Nómina y Prestaciones Sociales del Ministerio de Relaciones Exteriores, el demandante prestó su servicio hasta el 9 de junio de 2014.¹³
- ii) El 11 de agosto de 2014, el señor Domingo Sepúlveda presentó la solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría 55 Judicial II para Asuntos Administrativos.¹⁴
- iii) El 30 de octubre de 2014, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual fue declarada fallida. Además, en esa fecha se expidió la respectiva constancia de no conciliación.¹⁵
- iv) El 31 de octubre de 2014, el señor Ramón Domingo Sepúlveda radicó la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.¹⁶

¹⁰ «**ARTÍCULO 146. DEROGATORIAS.** La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y especialmente los artículos 24, 25, 35, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 59, 61, 62, 63, 64, 65A, 65B, 66, 67, 76, 81, 82, 83, 84, 85, 86, y 89 de la Ley 23 de 1991; 64, 65, 66, 69, 70, 71, 72, 73, 75, 77, 80, 81, 83, 84, 86, 91, 92, 94, 96, 99, 100, 104, 105, 106, 107, 108, 109 y 110 de la Ley 446 de 1998; la Ley 640 de 2001; el artículo 20 de la Ley 1367 de 2009; los artículos 51 y 52 de la Ley 1395 de 2010. El inciso 2 del numeral 6 del artículo 384 y los artículos 620 y 621 de la Ley 1564 de 2012; el párrafo 1 del artículo 40 de la Ley 1579 de 2012».

¹¹ «**ARTÍCULO 56. SUSPENSIÓN DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que suscriba el acta de conciliación, se expidan las constancias establecidas en la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses, o la prórroga a que se refiere el artículo 60 de esta ley, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable».

¹² Folio 4.

¹³ Folio 5.

¹⁴ Folio 6.

¹⁵ Folio 7.

¹⁶ Folio 26.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

v) El 22 de noviembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A admitió la demanda.¹⁷

vi) El 15 de julio de 2021, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en la sentencia de primera instancia, declaró, de oficio, la excepción de caducidad del medio de control, bajo los siguientes argumentos:

De conformidad con lo declarado por el demandante y las pruebas arrimadas al expediente, el acto de declaración de subsistencia contenida en la resolución 25 05 de 9 de abril de 2014 le fue notificado el día 10 de abril de 2014. De conformidad con documento visible a folio cinco del expediente, el demandante cumplió o desempeñó el empleo de auxiliar de misión diplomático código 48 50, grado 26 hasta el día 9 de junio de 2014.

Por lo anterior, el plazo legal de caducidad de la acción debía para el caso ser computado desde el 10 de junio de 2014, con vencimiento el día 9 de octubre de 2014. Como quiera que la demanda fue presentada el día 31 de octubre de 2014, deviene claro, objetivo e indiscutible, que la demanda se presentó cuando yo había precluido la oportunidad hábil temporal para hacerlo. Como en efecto, se declarará en esta providencia

En atención a lo anterior, el término de los 4 meses empezaba a contabilizarse desde el día siguiente al que se desvinculó laboralmente de la entidad, esto es, 10 de junio de 2014.

Así las cosas, los 4 meses fenecían el 10 de octubre de 2014. Ahora bien, en atención a que el señor Domingo Sepúlveda presentó la solicitud de conciliación extrajudicial el 11 de agosto de 2014, contaba con, aproximadamente, 2 meses después de que se llevara a cabo la conciliación y le entregaran la respectiva constancia, para interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Al observar el material probatorio, encuentra la Sala que dicha constancia le fue entregada a la parte actora el 30 de octubre de 2014, día en que se llevó a cabo la audiencia de conciliación, razón por la cual el término legal para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo fenecía el 29 de diciembre de 2014 y como éste acudió a la jurisdicción el 31 de octubre del mismo año, es dable señalar que, contrario a lo sostenido por el tribunal de primera instancia, no se configuró la

¹⁷ Folios 43 y 44.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y, por lo tanto, resulta pertinente, analizar de fondo el asunto.

2.3. Marco normativo

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

El artículo 125 de la Constitución Política dispone lo siguiente:

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

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

(...)

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

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

Artículo 1.º. Objeto de la ley.

(...)

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

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

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

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

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



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

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

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

(...)

b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, que estén al servicio directo e inmediato de los siguientes funcionarios, siempre y cuando tales empleos se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así:

(...)

c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado;

d) Los empleos que no pertenezcan a organismos de seguridad del Estado, cuyas funciones como las de escolta, consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos.

e) Los empleos que cumplan funciones de asesoría en las Mesas Directivas de las Asambleas Departamentales y de los Concejos Distritales y Municipales;

f) < Los empleos cuyo ejercicio impliquen especial confianza que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, que estén adscritos a las oficinas de los secretarios de despacho, de los Directores de Departamento Administrativo, de los gerentes, tanto en los departamentos, distritos especiales, Distrito Capital y distritos y municipios de categoría especial y primera.

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

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

Sobre este particular, vale la pena señalar, que al nominador le está permitido respecto de estos empleos disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión. En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida en que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y párrafo 2.º, establece la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción en los siguientes términos:

Artículo 41. Causales de retiro del servicio. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

(...)

PARÁGRAFO 2o. Es reglada la competencia para el retiro de los empleos de carrera de conformidad con las causales consagradas por la Constitución Política y la ley y deberá efectuarse mediante acto motivado.

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.

Aunque, de acuerdo con la norma, la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y no requiere motivación, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad; en otras palabras, la discrecionalidad es un poder que se ejercita conforme a derecho, y que implica el ejercicio de atributos dentro de límites justos y ponderados. El poder jurídico de la competencia para decidir debe enmarcarse dentro de la satisfacción del interés general y, por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad¹⁸.

En armonía con el anterior planteamiento, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, ha identificado¹⁹ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente; b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza; y c) la

¹⁸ Así lo expresó la Sala, entre otras, en la sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente Número 250002325000201000254-01, No. interno: 1847-2012. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁹ Sentencia T-372 de 2012.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

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

Por su parte, el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968,²⁰ establece:

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

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

7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.
(...)

9. El artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la

²⁰ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance.

(...)

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

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

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

En este orden de ideas, una vez efectuado el análisis armónico de las anteriores normas y según lo expresado por el máximo tribunal constitucional, es viable concluir que la declaratoria de insubsistencia de los empleados de libre nombramiento y remoción es la facultad discrecional del nominador que se ejercita a través de un acto administrativo que por su naturaleza es inmotivado, no obstante estar fundado en motivos implícitos, acordes con la efectiva prestación del servicio público.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

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

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

Ahora bien, en particular, en relación con el servicio exterior y la carrera diplomática y consular, la Ley 274 de 2000, en su artículo 6.º dispone cuáles son los cargos de libre y nombramiento y remoción, así:

ARTÍCULO 6. Cargos de Libre Nombramiento y Remoción. Son cargos de libre nombramiento y remoción los siguientes:

(...)

j. Empleos de Apoyo en el exterior adscritos a los despachos de los jefes de misión, de conformidad con la definición contenida en el Artículo 7 de este Decreto.

ARTÍCULO 7. Personal de Apoyo en el Exterior. Para los efectos de lo establecido en el literal j) del Artículo 6 del presente decreto, se entienden como tales, aquellos cargos cuyo ejercicio comporta un grado considerable de confianza y confidencialidad.

En tal sentido, la Corte Constitucional declaró exequible el literal j) del artículo 6.º de la Ley 274 de 2000b bajo los siguientes argumentos:²¹

3.3. Los empleos de apoyo en el exterior

(...)

De conformidad con la definición que trae el mismo Decreto 274 de 2000, es cierto que estos cargos no son empleos propios de los niveles profesional, ejecutivo o directivo, no cumplen funciones de orientación política, ni de dirección u orientación institucional. Se trata de empleos cuyas funciones son asistir al Jefe de Misión en el desempeño de sus funciones, generalmente en labores domésticas, de mantenimiento de la oficina y residencia y de manejo de correspondencia. No obstante, su incorporación dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción se justifica por la especial relación de confianza, cercanía, seguridad e intimidad familiar que este personal tiene con el Jefe de misión y su familia.^[15] Al igual que las funciones que desempeña el personal de servicio administrativo en el exterior^[16], el personal de apoyo cumple tareas operativas, pero se distinguen de aquellos por la

²¹ C-808 de 2001.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

especialísima relación de confianza que une a estos últimos con el Jefe de Misión y su familia, otra razón más para que puedan ser excluidos de la carrera.

Como quiera que el personal de apoyo en el exterior no ejerce funciones propias de la carrera diplomática y consular, sino cumple tareas de asistencia y ayuda para el Jefe de Misión y su familia, cuyo ejercicio cabal depende de una especial relación estrecha y cotidiana de confianza, se justifica que sea de libre nombramiento y remoción y que no les sean aplicables los principios propios de la carrera diplomática y consular, tales como el de alternación de que trata el artículo 88. Por estas razones, se declarará la constitucionalidad del literal j del artículo 6 y de los artículos 2, 7 y 88 del Decreto 274 de 2000.

2.4. Hechos probados

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

2.4.1. En relación con la vinculación laboral del demandante

De conformidad con certificación emitida por la coordinadora de nómina y prestaciones del Ministerio de Relaciones Exteriores, el señor Ramón Domingo Sepúlveda se vinculó laboralmente al Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 27 de enero de 2003 hasta el 9 de junio de 2014, desempeñando el cargo de auxiliar de misión diplomática, Código 4850, Grado 26 del Consulado de Colombia en Maracaibo (Venezuela).²²

2.4.2. En relación con el acto administrativo acusado

El 9 de abril de 2014, a través de la Resolución 2505, la ministra de Relaciones Exteriores declaró insubsistente el nombramiento ordinario del señor Ramón Domingo Sepúlveda en el cargo de auxiliar de misión diplomática, Código 4850, Grado 26, de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado de Maracaibo.²³ Decisión que fue notificada personalmente, mediante Oficio de 10 de abril de 2014.²⁴

2.4.3. Pruebas allegadas durante la actuación judicial

²² Folio 5.

²³ Folio 3.

²⁴ Folio 4.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

- Noticia periodística de 20 de marzo de 2014, sobre las denuncias de varias modalidades de fraude electoral en Maracaibo, dentro de las cuales no aparece nombrado el señor Domingo Sepúlveda.²⁵

2.5. Caso concreto. Análisis de la Sala

2.5.1. De la desviación de poder

Entre las causales de anulación de los actos administrativos que consagra el artículo 137 del CPACA, está la desviación de poder que se configura cuando el elemento teleológico del acto está viciado, esto es, cuando no se expide en aras del buen servicio y de la correcta marcha de la administración, sino por móviles arbitrarios, caprichosos, egoístas o injustos. Entonces, se podrá pedir la nulidad de un acto administrativo cuando se dicta con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió.

Como lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia, si bien el acto fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico.²⁶ Al respecto, el doctrinante Tomás Ramón Fernández Rodríguez afirma que la desviación de poder es un vicio determinante de anulabilidad del acto administrativo, toda vez que afecta el fin como uno de sus elementos esenciales.

Para el mencionado autor, esta causal de nulidad es altamente reprochable porque el titular de la potestad administrativa antepone un fin privado en el ejercicio de sus funciones y, en forma correlativa, atenta contra el interés general. «En este caso hay una verdadera apropiación de la organización y de sus instrumentos por un sujeto privado, que hace querer a la Administración lo que ésta no puede institucionalmente pretender, y ello para su exclusivo beneficio individual».²⁷

²⁵ Folios 8 a 15.

²⁶ Berrocal Guerrero, Luis Enrique *Manual del acto administrativo*, Librería ediciones del profesional LTDA., Bogotá, Colombia, 2014, página 547.

²⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Orden público y nulidad de pleno derecho. Revista de administración pública, ISSN 0034-7639, N.º 59, 1969, págs. 71-128. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2111655>



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

Bajo este hilo de intelección, el vicio de nulidad analizado concierne a la intención que tiene la autoridad para adoptar una decisión, encaminada a perseguir un fin diferente al previsto por el legislador y, en su lugar, atender un propósito particular, personal o arbitrario.²⁸

Frente a este cargo, el demandante afirmó que el Ministerio de Relaciones Exteriores no ejerció la facultad discrecional conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales, sino por móviles personales y que su desvinculación no persiguió el mejoramiento del servicio.

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

El Consejo de Estado²⁹ ha señalado que este vicio está referido a la «...la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario».

La jurisprudencia de esta Corporación³⁰ también ha indicado, respecto de la probanza de la desviación de poder alegada por la parte actora, que es a esta a quien le corresponde el deber de probar los supuestos de hecho en que se basa la censura que pretende hacer valer para destruir la presunción de legalidad el acto acusado; afirmación que, atendiendo a la jerarquización de las fuentes del derecho administrativo, viene dada por la regla contenida en el Código General del Proceso³¹ de que «incumbe a las partes, probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen»

Como ya se explicó, la decisión discrecional de retiro del servicio de una persona

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12).

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, siete (07) de marzo de dos mil trece (2013), Radicación número: 13001-23-31-000-2007-00052-01(0105-12)

³⁰ Sentencia del 16 de febrero de 2006, Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Jesús María Lemos Bustamante. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-08208-01(2485-04).

³¹ Artículo 167 del CGP.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

nombrada en un empleo de libre nombramiento y remoción se caracteriza por su inmotivación, decisión revestida de presunción de legalidad y expedida por razones del buen servicio. Por ello, es deber de quien argumenta su ilegalidad, a través de las causales de nulidad previstas en el ordenamiento jurídico, acreditar que sus fines no fueron los del buen servicio³².

Sobre este particular es preciso indicar que la jurisprudencia de la Sección³³, en algunas circunstancias en donde cada parte arguye determinada situación frente al retiro del servicio del empleado de libre nombramiento y remoción, ha definido que a cada una le corresponde probar dichos supuestos, pero no para implementar la inversión de la carga de la prueba o para hacerla dinámica, sino para reafirmar justamente que quien alega un hecho debe acreditarlo, criterio que acá se reitera.

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

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

(i) El señor Ramón Domingo Sepúlveda se vinculó al Ministerio de Relaciones Exteriores desde el 27 de enero de 2003, en el cargo de auxiliar de misión diplomática, Código 4850, Grado 26 en el Consulado de Colombia en Maracaibo (Venezuela), empleo que, de conformidad con la normativa pertinente, es de libre nombramiento y remoción.

(ii) De acuerdo con lo narrado en el escrito de la demanda, porque no se allegó una prueba al respecto, éste siempre estuvo desempeñando sus funciones en Maracaibo (Venezuela).

³² Tratándose de la desviación de poder

³³ Sentencia del 15 de mayo de 2000, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Expediente 2459-99.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

(iii) El 9 de abril de 2014, la ministra de Relaciones Exteriores, declaró insubsistente el nombramiento del señor Domingo Sepúlveda en el cargo de auxiliar de misión diplomática, Código 4850, Grado 26 de la planta de personal del Despacho de los Jefes de Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, adscrito al Consulado General de Colombia en Maracaibo (Venezuela).

(iv) Si bien el actor señaló en el escrito de la demanda y el recurso de apelación que en el año de la elecciones al Congreso de la República, esto es, 2014, estuvo a cargo de uno de los puestos de votación en los que se denunció un fraude electoral, siendo esto lo que originó su retiro, éste solamente se limitó a realizar dicha afirmación sin haber allegado material probatorio alguno que la acreditara y pese a que aportó una noticia periodística que habla de unas denuncias sobre un fraude electoral en Venezuela, en dichos informes en momento alguno se señaló al señor Ramón Domingo Sepúlveda como presunto autor, por lo que, en consecuencia, no es dable concluir que fue por esta razón que su nombramiento se declaró insubsistente.

(v) Ahora, si, efectivamente, se hubiera demostrado que el actor fue objeto de alguna investigación disciplinaria por las denuncias antes mencionadas, ello tampoco genera la ilegalidad del acto administrativo demandado y con ello la configuración de una desviación de poder, en tanto que vale la pena señalar que el legislador consagró un régimen disciplinario que es aplicable a los servidores públicos, que en el momento de ser incumplido, el Estado, en virtud de la potestad disciplinaria, debe iniciar las correspondientes actuaciones administrativas tendientes a esclarecer las faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones y su responsabilidad, proceso que debe estar presidido de todas las garantías constitucionales y legales que propendan por el ejercicio del derecho de defensa y debido proceso.

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

(vi) Adicionalmente, pese a que el demandante en su escrito de apelación señaló que



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

el Consejo Nacional Electoral realizó una investigación para esclarecer los hechos antes referidos y que, finalmente, este ente lo absolvió, no obra en el expediente documento alguno que así lo demuestre y con el cual se permita analizar una presunta configuración de una desviación de poder, como insiste el actor.

(vii) Finalmente, pese a que el señor Domingo Sepúlveda afirmó que en su reemplazo no se nombró a nadie y que, en consecuencia, su cargo quedó acéfalo, desmejorándose así el servicio, esto no pasa de ser una simple afirmación porque al igual que lo demás, no allegó prueba alguna que así lo demostrara.

En consecuencia, la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del actor fue adecuadamente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador, motivo por el cual este cargo no está llamado a prosperar.

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

Así las cosas, no se acreditaron los elementos exigidos en la normativa aplicable para que se configure una desviación de poder.

3. De la condena en costas

El artículo 188 del CPACA establece que «[s]alvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil».



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

Con base en tal mandato, esta Subsección venía sosteniendo que para imponer condena en costas, en vigencia del CPACA, se atendía una valoración objetiva,³⁴ en la que el juez debía ordenarlas siempre y cuando se hubieran causado y en la medida de su comprobación, sin considerar factores subjetivos como la buena fe o la temeridad de las partes.

Sin embargo, dicho criterio debe revisarse a la luz del artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, en tanto adicionó un inciso al artículo 188 del CPACA para precisar que «[e]n todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal».

De esta manera, debe entenderse que con la anterior modificación el juez está llamado a analizar la conducta de las partes en el proceso, así como la sustentación jurídica de sus intervenciones con el fin de determinar si es procedente o no imponer costas a cargo de alguna de ellas.

En el presente caso, los sujetos procesales ejercieron su defensa bajo la convicción de que contaban con suficiente respaldo legal, también aportaron pruebas y se apoyaron en la jurisprudencia vigente para obtener un pronunciamiento favorable a sus intereses, por lo que esta Sala se abstendrá de imponer condena en costas en segunda instancia.

4. Conclusión

En consecuencia, teniendo en cuenta que no se configuró la caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y que la facultad discrecional ejercitada para la declaratoria de insubsistencia del actor fue adecuada y razonablemente utilizada, pues conforme a la prueba obrante en el proceso no existen indicios que permitan inferir intenciones desviadas del nominador, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar, negará las pretensiones de la demanda.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Radicado 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: Dr. William Hernández Gómez.



Radicado: 25000-23-42-000-2016-02386-01 (6635-2022)
Demandante: Ramón Domingo Sepúlveda

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.- Revocar la sentencia proferida el quince (15) de julio de dos mil veintiuno (2021) por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, que declaró, de oficio, la excepción de caducidad del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. En su lugar:

Segundo.- Negar las pretensiones de la demanda, en el proceso promovido por el señor Ramón Domingo Sepúlveda contra la Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero.- No condenar en costas de segunda instancia a la parte demandante.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

Firmado electrónicamente

JORGE IVÁN DUQUE GUTIÉRREZ

Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Firmado electrónicamente

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

GMSM