



JUZGADO DIECISIETE (17) ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
- SECCIÓN SEGUNDA -
JUEZ: LUZ MATILDE ADAIME CABRERA

Bogotá D.C., 2 MAR. 2019

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2014-00584-00

Demandante: HELMAR ALBERTO GONZÁLEZ PÉREZ

Demandado: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Tema: Reintegro

Sentencia No.: 011

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación, no encontrándose causal alguna que pueda anular lo actuado, y una vez transcurrido el término de alegatos concedido a las partes, a dictar de forma escrita **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA** en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral de la referencia, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

PRETENSIONES

1. Se declare la nulidad del Decreto 012 del 09 de enero de 2014, expedido por la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se declaró insubsistente al señor Helmar Alberto González Pérez del cargo de Agente de Seguridad, Código 6AG Grado 11, de la División de Seguridad.
2. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la Procuraduría General de la Nación a reintegrar al señor Helmar Alberto González Pérez al cargo de Agente de Seguridad, Código 6AG Grado 11, de la División de Seguridad, cargo que venía ocupando o a otro, de igual o superior categoría y remuneración, sin solución de continuidad, y a reconocerle y pagarle el valor de los salarios, prestaciones sociales, primas y demás emolumentos legales o extralegales que dejó de percibir a partir del 16 de enero de 2014 y hasta la fecha en que sea efectivamente reintegrado.
3. Mientras se expide el acto administrativo de reintegro, se le sigan pagando los servicios de salud y riesgos profesionales, teniendo en cuenta la afectación que padece el demandante, adquirida como consecuencia del acoso laboral sufrido en la Procuraduría General de la Nación.
4. Igualmente y a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad accionada, a pagar en forma actualizada (indexada) las sumas adeudadas por concepto de la prestación laboral reclamada, de acuerdo con los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, con fundamento en el artículo 187 último inciso del CPACA (o la norma que los sustituya o modifique).
5. Que sobre las sumas adeudadas, debidamente indexadas, a título de restablecimiento se reconozcan los intereses (corriente, moratorios y/o bancarios) mes a mes, desde las fechas en que debieron ser canceladas dichas sumas, hasta cuando efectivamente se paguen.
6. Que se dé aplicación a los artículos 187, 188, 189, 192 incisos 2º y 3º, y 195 del CPACA.
7. Que se condene en costas a la demandada.

TESIS DEL DEMANDANTE.

En su demanda el actor afirma que él y sus compañeros fueron sometidos a acoso laboral por parte de su inmediato superior, señor Guillermo Saa Merchancano, quien dependía de la Viceprocuradora Dra. Martha Isabel Castañeda Curvelo; acoso que obligó al actor a presentar la queja ante el Comité de Convivencia Laboral de la Procuraduría General de la Nación, el 29 de mayo de 2013, lo que considera empeoró su situación laboral, destacando que los demás compañeros también denunciaron.

Que el acoso laboral trajo graves perjuicios a la salud del actor debiendo ser atendido por el Departamento de Psicología de su EPS el día 10 de abril de 2013, consulta en la que se le ordenó psicoterapia por psicología y le medicaron con control en un mes. Pese al estado de deterioro en su salud de conocimiento de la Procuraduría, la Viceprocuradora Martha Isabel Castañeda Curvelo, en encargo como Procuradora General, mediante Decreto 012 del 09 de enero de 2014 declaró insubsistente a Helmar Alberto González Pérez.

Que en el caso concreto el acto administrativo demandado se encuentra viciado de nulidad por cuanto fue **expedido con infracción de las normas en que debía fundarse** desconociendo los fines esenciales del Estado y los deberes y obligaciones contenidas en las disposiciones constitucionales y legales pre citadas quebrantando el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, en tanto, el acoso laboral al cual fue sometido el demandante por parte del señor Guillermo Saa Merchancano, funcionario de la Procuraduría impidió la garantía de estos derechos, al punto de sumir al actor en una condición de vulnerabilidad, así el ejercicio de sus funciones se estaba ocasionando serios quebrantos en su salud física y mental, al extremo de poner en riesgo su integridad y su vida; situación agravada con la insubsistencia sorpresiva, lo que hace necesaria la inmediata y efectiva protección de sus derechos fundamentales y los de sus hijos.

Destaca además, que el acto demandado fue proferido con **falsa motivación** por cuanto desconociendo el precedente jurisprudencial contenido en reiteradas sentencias del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que obligan a las entidades del Estado, a motivar los actos de insubsistencia de los funcionarios que se encuentran en estado de debilidad manifiesta, o dejar la anotación en la Hoja de Vida, de los motivos de la misma, situación que se evidencia además en que el acto administrativo no puede desconocer la ley en la cual debe fundarse, ni la situación fáctica debidamente demostrada; violando así los principios constitucionales de igualdad, trabajo, dignidad, unidad material y ausencia de razón suficiente, máxime cuando en realidad el acto no es expresión del ejercicio discrecional, sino que buscó otros fines, por lo que esa motivación adolece de falsedad.

Finalmente, afirmó que la Procuraduría General de la Nación al expedir el acto administrativo demandado incurrió en **desviación de poder** porque con el mismo no se persiguió el mejoramiento en la prestación del servicio, ya que la hoja de vida y la experiencia de la persona declarada insubsistente demuestran la idoneidad del funcionario para el desempeño del cargo, quien contaba con seis (6) años, ocho (8) meses de experiencia en el Departamento de Seguridad de la Procuraduría General de la Nación, y con once (11) años y un (1) mes en el DAS, reiterando que la insubsistencia no fue en ejercicio de la facultad discrecional, sino: por el estado de salud que se encontraba debido al constante acoso laboral que tuvo que padecer por parte de su superior (agresor), o como una retaliación por haberse atrevido a denunciar.

TESIS DE LA DEMANDADA

Manifestando su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, considera que la declaratoria de insubsistencia del demandante fue producto de la facultad discrecional que le asiste al nominador; subrayando que el demandante se encontraba vinculado a la entidad en un cargo de libre nombramiento y remoción.

En cuanto al presunto acoso laboral del que el demandante indicó haber sido víctima, señaló que se trató de una situación particular vivida entre el actor y un compañero de trabajo sin que exista nexo causal con el retiro de la entidad, como tampoco con su situación de salud y/o familiar; siendo que debe revisarse además cual era el comportamiento desplegado por el demandante con los ciudadanos que acudían a usar el servicio y con los usuarios internos de la entidad.

En cuanto a la situación de salud del demandante y su retiro, pretende este establecer un nexo de causalidad entre las situaciones de carácter personal vividas y el acto de retiro que se demanda, por lo que solicita sea desestimada esta aseveración, en tanto, no hay ni siquiera prueba sumaria que indique que la misma es cierta.

Concluye que, siendo claro que el demandante ocupaba un cargo de libre de nombramiento y remoción, en tal sentido, su retiro se dio de conformidad con lo dispuesto en el Decreto Ley 262 de 2000, por lo tanto, el acto demandado se encuentra ajustado a los criterios jurisprudenciales que acompañan esta clase de decisiones.

IDENTIFICACIÓN DEL ACTO ENJUICIADO

Se pretende la nulidad del acto administrativo consistente en el **Decreto No. 012 del 9 de enero de 2014 “por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento”**, mediante el cual, la Procuradora General de la Nación (E) dispuso retirar de la entidad al señor Helmar Alberto González Pérez quien se desempeñaba como Agente de Seguridad Código 6AG Grado 11 de la División de Seguridad.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en este asunto consiste en establecer si en la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante Helmar Alberto González Pérez concurren los cargos de nulidad invocados; y por consiguiente si es procedente ordenar su reintegro al cargo que desempeñaba en la Procuraduría General de la Nación, con el respectivo reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones dejadas de percibir.

SOLUCIÓN AL PROBLEMA JURÍDICO.

Una vez estudiados los cargos de expedición con infracción de las normas en que debía fundarse, falsa motivación y desviación de poder contra el acto administrativo del cual se pretende la declaratoria de nulidad, a la luz de la normatividad aplicable y de las pruebas obrantes en el expediente, encuentra el Despacho que no se logró acreditar sin la más mínima duda la configuración de la desviación de poder por parte del funcionario que profirió la insubsistencia del actor.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

De la naturaleza del cargo

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 123 de la Constitución Política, el término "servidor público" es genérico, el cual engloba varias especies, entre las cuales se encuentran los empleados y los trabajadores del Estado, denominados comúnmente empleados públicos y trabajadores oficiales.

El personal al servicio del Estado se clasifica en miembro de corporación pública, empleado público, trabajador oficial o trabajador que se rige por las normas del derecho privado, dependiendo de su vinculación se rige por diferentes disposiciones en materia de ingreso, permanencia y retiro.

El artículo 125 de la Constitución Política consagra en su inciso primero que "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."

El artículo 279 de la Constitución Política de Colombia estableció:

Artículo 279. La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.

Conforme con el mandato constitucional anterior, se expidió el Decreto 262 del 22 de febrero de 2000, "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos", el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral 4 del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, y oído el concepto del Procurador General de la Nación, decretó:

ARTÍCULO 182. Clasificación de los empleos. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:

1) De carrera

2) De libre nombramiento y remoción

Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

- Viceprocurador General
- Secretario General
- Tesorero
- Procurador Auxiliar
- Director
- Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público

- Procurador Delegado
 - ~~Procurador Judicial~~¹
 - Asesor del Despacho del Procurador
 - Asesor del Despacho del Viceprocurador
 - Veedor
 - Secretario Privado
 - Procurador Regional
 - Procurador Distrital
 - Procurador Provincial
 - Jefe de Oficina
 - Jefe de la División de Seguridad
 - Agentes adscritos a la División de Seguridad y demás servidores cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, cualquiera sea la denominación del empleo.
3. De período fijo: Procurador General de la Nación.
(Negrillas del Despacho)

De conformidad con lo anterior, se concluye que el cargo de Agente de Seguridad Código 6AG Grado 11 de la División de Seguridad de la Procuraduría General de la Nación que desempeñaba el señor HELMAR ALBERTO GONZÁLEZ PÉREZ², era de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, en el manual de funciones de la Procuraduría General de la Nación³ se contempla el empleo de Agente de Seguridad Código 6AG Grado 11 de la División de Seguridad, bajo los siguientes parámetros (fls.169-170):

AGENTE DE SEGURIDAD (6AG-13) - DIVISIÓN DE SEGURIDAD	
I. IDENTIFICACIÓN	
Denominación del empleo:	AGENTE DE SEGURIDAD (6AG-13)
Ubicación del empleo:	DIVISIÓN DE SEGURIDAD
Nivel jerárquico:	OPERATIVO
Cargo del jefe inmediato:	Jefe de División de Seguridad
Personal a cargo:	No
II. REQUISITOS DE ESTUDIO	
Aprobación de dos (2) años de educación superior en derecho, policía judicial, procedimientos judiciales, medios de comunicación, investigación judicial o tecnología judicial.	
III. REQUISITOS DE EXPERIENCIA	
Seis (6) meses de experiencia específica.	
IV. EQUIVALENCIAS	
En el análisis de los requisitos se tendrán en cuenta todas las equivalencias que fueren necesarias entre estudios y experiencia, contempladas en el artículo 20 del Decreto Ley 263 de 2000.	
V. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Mantener las condiciones de seguridad necesarias para salvaguardar la integridad física de las personas y responder por la seguridad de las instalaciones físicas, de acuerdo con los protocolos establecidos en la División de Seguridad de la Procuraduría General de la Nación.	
VI. COMPETENCIAS FUNCIONALES	
1. Realizar todas las acciones tendientes a garantizar la integridad de los funcionarios y la seguridad física de las instalaciones que le sean encomendadas, siguiendo los protocolos establecidos para tal fin. 2. Elaborar estudios técnicos e investigaciones y rendir concepto sobre ellos para garantizar la seguridad de los funcionarios y de las instalaciones de la Procuraduría General de la Nación. 3. Garantizar la seguridad del Procurador General, del Viceprocurador y de sus familias cuando se lo delegue el superior inmediato, siguiendo los protocolos establecidos. 4. Cumplir actividades y misiones especiales asignadas por el Jefe Inmediato y garantizar la confidencialidad de la información a la que tiene acceso en razón del cargo, siguiendo los protocolos establecidos para tal fin. 5. Realizar el manejo, aseo y cuidado del armamento y de los instrumentos de comunicación que le sean asignados, siguiendo los protocolos de seguridad establecidos. 6. Actuar como agente de seguridad, obtener información y transmitirla oportunamente al Jefe inmediato o a los especialistas de la dependencia, siguiendo los protocolos y procedimientos vigentes.	

¹ NOTA: La expresión "Procurador Judicial" contenida en el numeral 2º del artículo 182 fue declarada INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-101 de 2013.
² Folio 90 Acta de Posesión No.0412 del 3 de mayo de 2007.
³ Resolución No. 253 del 9 de agosto de 2012 "Por la cual se adopta el Manual Específico de Funciones por Competencias Laborales y Requisitos de los empleos de la Planta de Personal de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público".

7. Conducir vehículos y motocicletas con orden expresa y escrita del Jefe de Seguridad, en una situación especial, en concordancia con los procedimientos establecidos.	
8. Desempeñar funciones relativas al manejo de caninos con orden expresa y escrita del jefe de seguridad y en concordancia con los procedimientos establecidos.	
9. Adelantar los trámites necesarios para la coordinación con las autoridades de seguridad del Estado para ofrecer protección a los funcionarios que lo requieran, ejecutando los procedimientos establecidos.	
10. Desempeñar las demás funciones establecidas por la ley, los estatutos o reglamentaciones internas o las que le sean asignadas, delegadas o encargadas por instancia competente para ello que estén acordes con el nivel, tipo, grado y propósito del cargo.	
Contribuciones Individuales	
a. Estudios técnicos realizados para garantizar la integridad física de las personas.	
b. Estudios técnicos realizados para garantizar la seguridad de las instalaciones.	
c. Conducción del vehículo.	
d. Manejo canino.	
e. Actividades y misiones especiales.	
Criterios de desempeño:	
a. Calidad, dentro de los plazos requeridos.	
b. De acuerdo con instrucciones, atendiendo a las medidas de seguridad establecidas.	
c. De acuerdo con procedimientos establecidos, atendiendo a las medidas de seguridad pertinentes.	
d. Confidencialidad, de acuerdo con instrucciones, procedimientos y normas vigentes.	
Conocimientos esenciales:	
Específicos	
• Gestión de seguridad. • Inteligencia y contrainteligencia. • Investigación judicial. • Seguridad informática.	
Comunes	
• Normas internas de la Procuraduría General de la Nación. • Administración pública básica.	
VII. COMPETENCIAS COMPORTAMENTALES	
TRANSVERSALES:	
• RESPONSABILIDAD CON LA ORGANIZACIÓN • ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO	NIVEL C NIVEL C
POR PERFIL DEL CARGO:	
• ORIENTACIÓN AL USUARIO • CUMPLIMIENTO DE PARÁMETROS DE TRABAJO • GESTIÓN DE RECURSOS	NIVEL B NIVEL D NIVEL D

Límites constitucionales y legales para ejercer la facultad discrecional en la declaratoria de insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción⁴.

La Constitución Política de 1.991 en su artículo 125 dispone:

"(...) Los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los 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. El ingreso de los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley. En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción. (...)".

Como lo ha señalado el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia⁵, la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera administrativa, tal como lo ha previsto el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, hay eventos en los que la

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del quince (15) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01754-01(4450-16). Actor: Ángela María Patiño García, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburrá Limitada, Metro De Medellín LTDA, Sentencia O-218-2018.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 29 de febrero de 2016, Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, número interno 3685-2013.

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, de las cuales como quedó visto, se requiere el más alto grado de confianza para su desempeño.

Así las cosas, resulta razonable que quienes desempeñan este tipo de empleos no tengan que pasar todas y cada una de las etapas que integran un proceso de selección por méritos 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 es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador 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 que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2º, contempla la facultad discrecional de destituir a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aunque de acuerdo con la norma, la remoción de 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 en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, ha identificado⁶ 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 decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Asimismo, la Subsección A (Sección Segunda – Consejo de Estado) ha sostenido⁷ que la facultad de remoción de un empleado de libre nombramiento y remoción, debe ser ejercida bajo los parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, y que el acto de insubsistencia al ser inmotivado, supone la existencia de una razón o medida con miras al mejoramiento del servicio.

Por su parte, el artículo 44 del CPACA señala 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 o medida entre la realidad de hecho y el derecho que supone la verdad de los hechos y su conexidad con la decisión, se dice entonces, que la discrecionalidad tiene como medida la «razonabilidad».

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-372 de 2012 del 16 de mayo de 2012. Magistrado ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO. Referencia: expediente T-3.215.182.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del quince (15) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Expediente No. 76001-23-31-000-2010-01828-01(1615-16). Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

Falsa Motivación⁸

Cuando se trata de un empleo de libre nombramiento y remoción, que se provee, como en el presente asunto, con el ejercicio de la facultad discrecional del nominador para escoger a la persona que consideraba que cumplía los requisitos del cargo y, a su vez, su retiro (declaración de insubsistencia) se inspiraba en el interés general; pero sin necesidad de una expresa motivación. No hay que olvidar que el buen desempeño en ejercicio de las funciones no es razón de inamovilidad del servicio. La eficiencia, la ausencia de investigaciones y de actos de corrupción a lo largo de su permanencia en la institución no atan a la administración para decidir sobre el retiro del servicio, son las razones del servicio las que aconsejan definitivamente la remoción». Y a más de lo anterior, el accionante realizaba las funciones del empleo de agente de seguridad en la entidad, lo cual recalca el carácter de empleado de confianza. Al ser el cargo que desempeñaba el demandante de libre nombramiento y remoción, el nominador tiene la facultad discrecional de disponer su insubsistencia en cualquier momento por razones del buen servicio, y si no se prueba en el plenario demostrado lo contrario, el acto acusado deberá conservar su presunción de legalidad.

La desviación de poder⁹

Las autoridades públicas o los particulares que cumplan funciones públicas o administrativas no gozan de autonomía. Al contrario, el poder público es heterónomo, porque la normativa que regula dichas funciones prevé deberes y prohibiciones. Es decir, un variopinto de restricciones a los destinatarios para que se garantice el cumplimiento de los fines públicos.

Por ello, el artículo 6º de la Constitución Política prevé que los servidores públicos además de ser responsables por infringir la Constitución y las leyes, lo son también, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que están positivamente limitados, de allí que los servidores públicos solo pueden hacer lo que les está permitido por la Constitución, las leyes, los reglamentos, etc.

Conforme a ello, cuando la conducta (activa u omisiva) es explícitamente contraria a una norma regulativa de mandato, se torna en «ilícita» porque el sujeto activo hizo lo prohibido o no hizo lo debido. Es decir, los ilícitos típicos son las conductas o actos opuestos a una regla de derecho. Se entiende «ilícito» en el sentido más amplio, esto es, como antijurídico o ilegal y no necesariamente como delictual. Sin embargo, también existen ilícitos atípicos. Manuel Atienza explica que «[...] Los ilícitos atípicos, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo - y en razón de su oposición a algún principio o principios-, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita. Esto es, abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder [...]»¹⁰.

Sobre la desviación de poder, se ha dicho que se configura cuando quien ejerce función administrativa expide un acto de dicha naturaleza que, si bien puede ajustarse a las competencias de que es titular y a las formalidades legalmente exigidas, da cuenta del uso de las atribuciones que le corresponden a efectos de satisfacer una finalidad contraria a los intereses públicos o al propósito que buscó realizar el legislador al momento de otorgar la competencia en cuestión.

Al respecto, el abuso o desviación de poder¹¹ es creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, como reacción al formalismo excesivo del derecho público y con el fin de someter los actos administrativos discrecionales al control judicial. Se ha llegado a sostener incluso que precisamente el eje central del derecho administrativo es el control de la discrecionalidad. Al respecto, García de Enterría señala lo siguiente:

«[...] La cuestión del control judicial del ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración es un tema clásico de la teoría del Derecho. Está en los orígenes mismo del Derecho Administrativo y cada época ha ido dejando en él la huella de sus propias reflexiones teóricas, así como de las sucesivas experiencias prácticas y jurisprudenciales [...]»

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER, sentencia del once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 15001-23-31-000-2010-00905-01(2645-14). Actor: Miguel Antonio Díaz Palacio. Demandado: Procuraduría General de la Nación. Referencia: Insubsidencia Cargo de Libre Nombramiento y Remoción.

⁹ Ob. Cit. Consejo de Estado. Sentencia O-218-2018.

¹⁰ Atienza, Manuel; Ruíz Manero, Juan. Ilícitos atípicos. Madrid, Trotta, 2000. pág. 27.

¹¹ La desviación de poder es una especie dentro del género exceso de poder.

*[...] será justamente en la III República cuando se asiente y se desarrolle de forma espectacular el excès de pouvoir, que dará plena madurez al Derecho Administrativo y que impulsará resueltamente al juez contencioso a extender su control sobre las decisiones de la administración. Desde 1872 hasta hoy mismo los poderes del juez, su instrumentario técnico de análisis de la validez de los actos discrecionales, la extensión de sus poderes de control sobre los actos de la Administración, no han hecho sino incrementarse, y hay que decir que la tendencia continúa [...]*¹²

Así las cosas, esta figura ha sido aceptada como una de las técnicas de control del ejercicio de facultades administrativas discrecionales, pues se ha entendido que la atribución de ciertos márgenes de libertad decisoria a la administración no significa en modo alguno que esta se encuentre habilitada para definir, sustituir o desconocer la teleología a la que constitucional y legalmente responde la norma. Lo anterior condujo a que el juez administrativo perfeccionara sus facultades con el control constitucional, y que el control del exceso de poder, o la desviación de poder, se fortaleciera con los principios constitucionales. Algunos incluso sostienen que en el derecho administrativo no es necesario hablar de la constitucionalización, porque por su naturaleza es constitucional.

Por último, es importante recalcar que el uso de la norma que confiere poder, el cual está permitido por una regla regulativa, genera un resultado institucional o cambio normativo, bien sea un contrato, un acto administrativo o una ley¹³. En esos términos, al tratarse de un «ilícito atípico» provoca un daño, consistente en el agravio o amenaza de derechos e intereses colectivos. Una característica importante del citado daño, es el de ser indirecto o mediato.

Por su parte, el Consejo de Estado ha efectuado el análisis sobre la desviación de poder, desde esta misma óptica. Veamos la parte pertinente:

«[...] A su turno, la desviación de poder ha sido definida por la jurisprudencia de esta Corporación como el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse»¹⁴.

De igual forma, ha advertido esta Sala que la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar»¹⁵. [...]

Cabe resaltar, que la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción por disposición expresa del inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011, su ejercicio no se encuentra sometido a las normas de la primera parte del código, relativas a los procedimientos administrativos. Entre otras cosas, ello supone, como se enunció, que el acto administrativo mediante el cual se ejerza no está en la necesidad de tener una motivación expresa, entendiéndose que su ejercicio, cuando se dispone la remoción de un funcionario, está amparado por una presunción teleológica en virtud de la cual se considera que la declaratoria de insubsistencia del funcionario respectivo obedece a motivos de mejoramiento del servicio.

Del análisis anterior, la Sala concluyó que en ese caso la definición de la existencia de un vicio de poder se desprende por llegar a la convicción de la voluntariedad o intencionalidad de la administración en la expedición del acto administrativo apartándose de los fines constitucional o legalmente previstos, cuestión que, por el hecho de revestir un alto nivel de complejidad en el mayor de los casos, no exime, ni alivia la carga que tiene el interesado consistente en acreditar suficientemente su configuración. Sobre el particular, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sostenido lo siguiente:

¹² Eduardo García de Enterría: Democracia, jueces y control de la administración. Madrid, Marcial Pons, 4ed., 1998, pp.31 y 36.

¹³ Atienza y otro. Ob. Cit. pág. 127.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009). Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

¹⁵ *Ibidem*.

«[...] demostrar la causal de desviación de poder implica llevar al juzgador a la convicción plena de que la intención de quien profirió el acto se alejó de la finalidad del buen servicio y se usó con fines distintos a los previstos por la norma.[...]»¹⁶

De igual forma, la jurisprudencia y la doctrina clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario; y, ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías¹⁷.

Acoso Laboral – configuración, medidas preventivas, competencia de investigación y sanción –¹⁸

Al respecto, es pertinente señalar que los primeros estudios psicológicos sobre el acoso laboral datan del año de 1984, en donde el científico Heinz Leymann¹⁹ presentó publicaciones a partir de los enfoques clínicos de la psicología y en donde la definió como “(...) una situación en la que una persona (o en raras ocasiones un grupo de personas) ejercen una violencia psicológica extrema, de forma sistemática y recurrente (como media una vez por semana) y durante un tiempo prolongado (como media unos seis meses) sobre otra persona o personas en el lugar de trabajo con la finalidad de destruir las redes de comunicación de la víctima o víctimas, acabar su reputación, perturbar el ejercicio de sus labores y lograr que finalmente que esa persona o personas acaben abandonando el lugar de trabajo (...)”²⁰.

El acoso también llamado *mobbing* o *bullying*, puede constituirse en ataques verbales, acoso sexual, insultos, ridiculización, desacreditación profesional, aislamiento social, amenazas constantes de despido, críticas injustificadas, sobrecarga de trabajo, falsos rumores, no tener en cuenta problemas físicos o de salud del trabajador y hasta agresiones físicas. En tal sentido, las víctimas, suelen sufrir, entre otros síntomas psicossomáticos del estrés, trastornos de sueño, crisis nerviosa, pérdida de memoria, síndrome de fatiga crónica, depresión y afectación de las relaciones familiares.

Según el profesor Edgar Enrique Martínez Cárdenas²¹ las consecuencias del acoso a nivel laboral “(...) se traducen en individuos desmotivados e insatisfechos que encontrarán el trabajo como un ambiente hostil, asociado al sufrimiento y que no tendrán óptimo rendimiento. La conducta lógica de un trabajador sometido a una situación de *mobbing* sería el abandono de la organización; sin embargo, en muchos casos éste no se produce debido a las limitadas posibilidades de movilidad laboral. (...)”.

En los últimos años, la violencia laboral se ha convertido en una patología que preocupa a los Gobiernos y países en general. De su estudio y tratamiento se han ocupado diversos organismos internacionales como la OIT y la OMS, entre otros, y se han producido importantes documentos que contribuyen a explicar la problemática y a definir la forma en que ésta puede ser atacada, como por ejemplo “*Las directrices marco para afrontar la violencia laboral en el sector salud*”²², en el que se plantea lo siguiente:

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2011: expediente. 170012331000200301412 02(0734-10).

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00739-01(4541-13), Actor: Jeannette Lucía Novoa Montoya, Demandado: Procuraduría General de la Nación.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diecisiete (17) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2014-00006-02(2022-16), Actor: Luis Eduardo Pinto Suarez, Demandado: Instituto Colombiano Agropecuario

¹⁹ https://es.wikipedia.org/wiki/Heinz_Leymann.

²⁰ Ver al respecto, Leymann, H.: *Mobbing: la persécution au travail*, Seuil, Paris 1996; “The content and development of mobbing at work”, Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2, 1996 y Leymann, H. Gustafson, a.: “Mobbing at work and the development of post-traumatic stress disorders”, Rev. European Journal of Work and Organizational Psychology, núm. 2, 1996.

²¹ Profesor Asociado Escuela Superior de Administración Pública ESAP Colombia, Administrador Público, Especialista en derecho administrativo y constitucional, Magister en Administración, Doctor en Estudios Políticos, ver <http://istss.org/wp-content/uploads/2013/01/Colombia-CardenasandMora.pdf>

²² Organización Internacional del Trabajo, Organización Mundial de la Salud, Internacional de Servicios Públicos, Programa conjunto sobre la violencia laboral en el sector de la salud, Ginebra, 2002, También ver: www.oit.org

"(...) La violencia en el lugar de trabajo, sea física o psicológica, se ha convertido en un problema mundial que atraviesa las fronteras, los contextos de trabajo y los grupos profesionales. La violencia en el lugar de trabajo - que durante mucho tiempo ha sido una cuestión "olvidada" - ha adquirido una enorme importancia en los últimos años y en la actualidad es una preocupación prioritaria tanto en los países industrializados como en los países en desarrollo.

La violencia laboral afecta a la dignidad de millones de personas en el mundo. Es una importante fuente de desigualdad, discriminación, estigmatización y conflicto en el trabajo. Cada vez más, es un problema capital de derechos humanos. Al mismo tiempo, la violencia en el lugar de trabajo aparece como una amenaza grave, y a veces letal, contra la eficiencia y el éxito de las Organizaciones.

La violencia causa perturbaciones inmediatas, y a veces perturbaciones de largo plazo, de las relaciones entre las personas, de la organización del trabajo y de todo el entorno laboral (...)"

Pero, además de lo señalado por la OIT en el documento antes transcrito, es necesario destacar que la violencia laboral también es causa de importante morbilidad e, incluso, mortandad en las víctimas, como lo precisa el estudio de Acoso Psicológico en el Trabajo (mobbing), realizado por el Instituto Navarro de Salud Laboral:

"(...) Consecuencias. Las consecuencias psicológicas y físicas del acoso psicológico en el trabajo sobre las personas afectadas son devastadoras. Desde lo psicológico son comunes el estrés, la ansiedad y la depresión. En cuanto a las dolencias físicas, al bajar las defensas, aparecen males a los que la víctima ya estaba predispuesta como problemas dermatológicos, cardíacos, gastrointestinales o alérgicos. (...)

La repetición continuada de estas conductas de acoso psicológico en el trabajo sobre las personas diana o víctimas, puede ser el origen de una serie de alteraciones en su salud. Teniendo en cuenta la definición que la OMS hace de la salud, estas consecuencias negativas se pueden presentar en los distintos planos que la determinan. Algunas de esas alteraciones que aparecen son:

En el plano psicofísico:

Afectación muy diversa: miedo acentuado y continuo.

Ansiedad, estado constante: Sentimientos de amenaza.

Generalización de la ansiedad: Sentimientos de fracaso. Impotencia. Frustración. Infravaloración. Apatía.

Trastornos emocionales. Distorsiones cognitivas: Concentración. Atención. Memoria. Compromisos sustitutorios: Adicciones. Conductas de evitación.

Agravación de problemas previos: Enfermedades. Trastornos diversos.

Trastornos psicósomáticos: Somatizaciones múltiples. Alteraciones del sueño. Trastorno de la alimentación.

Trastornos de la conducta social: Susceptibilidad. Hipersensibilidad. Aislamiento. Evitación. Irritabilidad. Agresividad. Inadaptación.

Afectación grave: Indefensión. Depresión grave. Suicidio"²³.

En nuestro país, a pesar de que en estricto sentido solo hasta con la expedición de la Ley 1010 de 2006 se adoptaron medidas tendientes a prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral, no se puede desconocer que con anterioridad a la Constitución Política de 1991 ya había legislación que establecía ciertas directrices que preservaban la dignidad humana. En efecto, el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 57 estableció que debía el empleador debía guardar absoluto respeto a la dignidad personal del trabajador, a sus creencias y sentimientos, mientras que el artículo 59 señaló que le era prohibido a éste ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnera o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad.

Ya con la entrada de la Carta Política el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, pasó a ser unos de los derechos de primera generación, pues mediante el artículo 15 se estableció que todas las personas tendrían derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, el artículo 21 dispuso que se garantizaría el derecho a la honra y que será la ley la que señale su forma de protección; y, finalmente, el artículo 25 indicó que el trabajo sería un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.

Ahora bien, por medio de la Ley 1010 de 2006, el Congreso de Colombia señaló que, todos aquellos hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo; en desarrollo de ello consideró en el artículo 2 *ibidem* que el acoso laboral sería toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado o trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

²³ Acoso Psicológico en el trabajo (mobbing). Juan José Góngora Yerro, Matilde Lahera, Martín Ma. Luisa Rivas Bacaicoa. Gobierno de Navarra. Instituto Navarro de Salud Laboral. Departamento de Salud. Abril 1° de 2008.

El mismo artículo dispuso que el acoso laboral puede darse, entre otras, bajo las siguientes modalidades generales:

- “(…) 1. **Maltrato laboral:** Todo acto de violencia contra la integridad física o moral, la libertad física o sexual y los bienes de quien se desempeñe como empleado o trabajador; toda expresión verbal injuriosa o ultrajante que lesione la integridad moral o los derechos a la intimidad y al buen nombre de quienes participen en una relación de trabajo de tipo laboral o todo comportamiento tendiente a menoscabar la autoestima y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral.
2. **Persecución laboral:** toda conducta cuyas características de reiteración o evidente arbitrariedad permitan inferir el propósito de inducir la renuncia del empleado o trabajador, mediante la descalificación, la carga excesiva de trabajo y cambios permanentes de horario que puedan producir desmotivación laboral.
3. **Discriminación laboral:** todo trato diferenciado por razones de raza, género, origen familiar o nacional, credo religioso, preferencia política o situación social o que carezca de toda razonabilidad desde el punto de vista laboral.
4. **Entorpecimiento laboral:** toda acción tendiente a obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardarla con perjuicio para el trabajador o empleado. Constituyen acciones de entorpecimiento laboral, entre otras, la privación, ocultación o inutilización de los insumos, documentos o instrumentos para la labor, la destrucción o pérdida de información, el ocultamiento de correspondencia o mensajes electrónicos.
5. **Inequidad laboral:** Asignación de funciones a menosprecio del trabajador.
6. **Desprotección laboral:** Toda conducta tendiente a poner en riesgo la integridad y la seguridad del trabajador mediante órdenes o asignación de funciones sin el cumplimiento de los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajador (…).”

El Consejo de Estado²⁴ como la Corte Constitucional²⁵, han precisado que el acoso laboral puede ser una práctica tristemente presente en los sectores público y privado, en la que, de manera recurrente o sistemática, se ejercen contra un trabajador actos de violencia psicológica, que incluso pueden llegar a ser físicos, encaminados a acabar con su reputación profesional o autoestima, agresiones que, además, pueden generar enfermedades profesionales, en especial, “estrés laboral”, y que en muchos casos inducen al trabajador a renunciar.

El artículo 9º de la Ley en comento²⁶, estableció unas medidas preventivas que están dirigidas a que los empleadores adopten mecanismos de prevención y se garanticen procedimientos internos de revisión y ajuste de las conductas de acoso laboral prohibidas por la ley. En la exposición de motivos de la ley se dispuso que las medidas previstas en ella son de tipo administrativo «artículo 9» y disciplinario «artículo 10», sin llegar al ámbito penal:

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. sentencia de 19 de agosto de 2010, proferida en el Expediente núm. 2010-01304-01. Consejero Ponente doctor HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS.

²⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-882 de 2006. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

²⁶ “(…) ARTÍCULO 9o. MEDIDAS PREVENTIVAS Y CORRECTIVAS DEL ACOSO LABORAL.

1. Los reglamentos de trabajo de las empresas e instituciones deberán prever mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral y establecer un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las que ocurran en el lugar de trabajo. Los comités de empresa de carácter bipartito, donde existan, podrán asumir funciones relacionados con acoso laboral en los reglamentos de trabajo.

2. La víctima del acoso laboral podrá poner en conocimiento del Inspector de Trabajo con competencia en el lugar de los hechos, de los Inspectores Municipales de Policía, de los Personeros Municipales o de la Defensoría del Pueblo, a prevención, la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral. La denuncia deberá dirigirse por escrito en que se detallen los hechos denunciados y al que se anexa prueba sumaria de los mismos. La autoridad que reciba la denuncia en tales términos conminará preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales referidos en el numeral 1 de este artículo y programe actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones entre quienes comparten una relación laboral dentro de una empresa. Para adoptar esta medida se escuchará a la parte denunciada.

3. Quien se considere víctima de una conducta de acoso laboral bajo alguna de las modalidades descritas en el artículo 2 de la presente ley podrá solicitar la intervención de una institución de conciliación autorizada legalmente a fin de que amigablemente se supere la situación de acoso laboral.

PARÁGRAFO 1o. <Parágrafo corregido por el artículo 1 del Decreto 231 de 2006. El nuevo texto es el siguiente: “ Los empleadores deberán adaptar el reglamento de trabajo a los requerimientos de la presente ley, dentro de los tres (3) meses siguientes a su promulgación, y su incumplimiento será sancionado administrativamente por el Código Sustantivo del Trabajo. El empleador deberá abrir un escenario para escuchar las opiniones de los trabajadores en la adaptación de que trata este parágrafo, sin que tales opiniones sean obligatorias y sin que eliminen el poder de subordinación laboral.”

PARÁGRAFO 2o. La omisión en la adopción de medidas preventivas y correctivas de la situación de acoso laboral por parte del empleador o jefes superiores de la administración, se entenderá como tolerancia de la misma.

PARÁGRAFO 3o. La denuncia a que se refiere el numeral 2 de este artículo podrá acompañarse de la solicitud de traslado a otra dependencia de la misma empresa, si existiera una opción clara en ese sentido, y será sugerida por la autoridad competente como medida correctiva cuando ello fuere posible”.

“(…) Por ello, es hora de que nuestra legislación aboque el estudio de este fenómeno como verdadero problema social que está pidiendo a gritos un adecuado tratamiento. Consideramos que las medidas a autorizar en una ley deberían encaminarse inicialmente hacia la prevención y corrección de las situaciones de acoso laboral. Son necesarios procedimientos internos y confidenciales en la empresa o institución. Pero luego, deben preverse medidas conminatorias por parte de la autoridad pública y finalmente consagrar unos dispositivos sancionatorios. Consideramos, sin embargo, que el desestímulo coercitivo no debería llegar todavía a elevar el acoso en sí mismo como delito. Parece mejor comenzar con enlazar ciertas consecuencias jurídicas drásticas a la conducta acosadora en el ámbito laboral (por ejemplo, presunción de despido injusto cuando se induce a la renuncia) y con algunas sanciones administrativas o disciplinarias (…)”

Sea la oportunidad para señalar que dentro de las medidas preventivas y correctivas que establece la citada ley se encuentran las siguientes:

- (i) La obligación de establecer en los reglamentos de trabajo, o sus equivalentes en el sector público²⁷, mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral, así como un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las situaciones de acoso que efectivamente se presenten. En las empresas que tengan comités bipartitos de convivencia laboral, estas funciones pueden ser cumplidas por dichos comités.
- (ii) La facultad que tienen las víctimas de denunciar los casos de acoso laboral ante los inspectores de trabajo, los inspectores de policía, los personeros municipales o los funcionarios de la Defensoría del Pueblo, a prevención, para que dichos servidores públicos conminen al empleador a poner en marcha los mecanismos señalados en el numeral anterior y a programar actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones laborales.
- (iii) El derecho que se otorga a la víctima para solicitar la intervención de una institución de conciliación legalmente autorizada, con el fin de resolver amigablemente la situación de acoso laboral.

Las anteriores medidas preventivas y correctivas son de carácter eminentemente administrativo y deben aplicarse por igual en el sector privado y en el público, tal como lo explicó la Corte Constitucional en la sentencia C-282 de 2007²⁸.

Por el contrario, las sanciones establecidas en el artículo 10º de la misma ley, así como la competencia y el procedimiento para su imposición, varían dependiendo de si la víctima y el acosador son particulares o servidores públicos.

CASO CONCRETO

Se encuentra probado que el actor Helmar Alberto González Pérez se ha desempeñado así:

ENTIDAD	FECHA		CARGO	UBICACIÓN DEL CARGO	MEDIANTE RESOLUCIÓN/ DECRETO
	DESDE	HASTA			
DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SEGURIDAD - DAS	22/03/1996		Alumno Academia	Academia Superior de Inteligencia y Seguridad	R 326-03
	24/02/1997		Detective Agente	Dirección de Protección	R 203-06
	01/02/2001		Detective	Dirección de Protección	R 203-06
	19/02/2002		Detective	Oficina de Protección Especial	R 203-07
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN - PGN	11/04/2007 ²⁹ 03/05/2007 ³⁰	09/01/2014 ³¹	Agente de Seguridad Código 6AG Grado 11	División de Seguridad	Decreto 781 del 30 de marzo de 2007

²⁷ Tal como lo aclaró la Corte Constitucional en la sentencia C-282 del 18 de abril de 2007, exp. D-6494.
²⁸ Antes citada.
²⁹ Comunicación de nombramiento de la PGN a folio 83 de fecha 11 de abril de 2007.
³⁰ Folio 90 Acta de Posesión No.0412 del 3 de mayo de 2007
³¹ Decreto No.012 del 9 de enero de 2014 por medio del cual se declara insubsistente un nombramiento, comunicado mediante oficio No.0073 del 15 de enero de 2014 recibido el 16/01/2014 folio 34.

De lo anterior se observa que el demandante ingresó a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN – PGN, proveniente del DAS, mediante Decreto 781 del 30 de marzo de 2007 (fl.81), que le fuera notificado por comunicación de fecha 11 de abril de 2007 (fl.83), y tomó posesión efectiva el 03 de mayo de 2007 en el cargo de Agente de Seguridad Código 6AG Grado 11 (fl.90).

Posteriormente, a través de Decreto 012 del 9 de enero de 2014 suscrito por la Procuradora General de la Nación - Encargada, fue declarado insubsistente su nombramiento (fl.35), decisión que fue notificada mediante comunicación S.G.0073 del 15 de enero de 2014 (fl.34), decreto que, a su juicio, se expidió con infracción de las normas en que debía fundarse, falsa motivación y desviación de poder.

Sin perder de vista lo anterior, el Despacho analizará cada uno de los argumentos propuestos conforme a las normas regulatorias y al material probatorio:

a. Expedido con infracción de las normas en que debía fundarse:

Tal y como se indicó en el anterior acápite, la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción en la administración pública se ha justificado en la necesidad de admitir el ejercicio de la discrecionalidad en la facultad nominadora como una atribución que reside en ciertos funcionarios para conformar su equipo de trabajo con personal de la más alta confianza, con miras al mejoramiento del servicio. Tal potestad, se traduce en la libre escogencia de sus inmediatos colaboradores, máxime si se trata de seleccionar a aquellos que demandan una mayor confidencialidad y cercanía con el administrador de turno.

Como se ha señalado en reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado³², la regla general en el ejercicio de la función administrativa lo constituye el ingreso mediante el sistema de la carrera según el artículo 125 de la Constitución Política. No obstante lo anterior, 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 un proceso de selección, ingresan al servicio público a desempeñar empleos con funciones en las que se requiere el más alto grado de confianza.

Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargos lo que le permite al nominador disponer libremente de su provisión y retiro, incluso, sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan a adoptar una u otra decisión, empero, la remoción debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, en tal sentido, se han identificado 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 decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

En el *sub lite*, el demandante consideró que existió un abuso de la facultad discrecional infringiendo las normas en que esta se funda, en la medida en que si bien la ley le brindó al nominador la potestad de no motivar el acto de insubsistencia, también lo es que dichas decisiones deben ser adecuadas y proporcionales, bajo ese entendido se tiene que el artículo 44 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció 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. Adicionalmente se tiene que el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968³³ dispuso que:

“(…) 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

³² Ver entre otros la providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de febrero de 2016, radicación: 050012333000201200285 01 (3685-2013). Actor: Edgar Augusto Arias Bedoya.

³³ Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.

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 fuera de texto)

Este artículo fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, quien al ocuparse del cargo de violación 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 cubre 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 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. (...)

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 Constitucional declaró la exequibilidad de la norma acusada sin condición alguna y reafirmó que el establecimiento de la facultad discrecional dentro del Estado de Derecho no desconoce las garantías del demandante a quien se le ha declarado insubsistente su nombramiento.

También alude el accionante que se desconoció su especial situación de salud mental y física al momento de decretar la insubsistencia; sobre este punto observa el Despacho que a folios 135 a 149 obra constancia de los antecedentes clínicos del actor dentro de los que se destaca:

- Atención del 27 y 21/03/2013 parte del fragmento de Historia Clínica de Nuestra Señora de la Paz del señor Helmar Alberto González Pérez, en la cual el psicólogo en su proceso de valoración que ordena remisión a psicoterapia por evolución de un año asociado a estresores laborales con evolución de 6 años (fls.142-143, 147-148)
- Fragmento de Historia Clínica de primera sesión de psicoterapia individual por psicología con fecha 01/04/2013 (fl.144)
- Fragmento de Historia Clínica de Nuestra Señora de la Paz del señor Helmar Alberto González Pérez, atendido el 10/04/2013 en psicoterapia individual por psicología segunda sesión, en la que el profesional de la psicología considera recomendable valoración por medicina laboral (fls.139-140, 145-146)
- **Recomendaciones Médico Ocupacionales** de fecha 10 de mayo de 2013 para aplicar al señor Helmar Alberto González Pérez de 37 años quien manifestó laborar como escolta en la PGN (fl.149), con diagnóstico de trastorno de adaptación, y en la que se concluye lo siguiente:

*"1. Trabajador (a) con patología anotada **cuyo origen es COMÚN.***

2. Con el fin de evitar progresión de la enfermedad y ayudar en su proceso de rehabilitación, se sugiere a la empresa implementar las siguientes recomendaciones:

- 1. Disminuir carga laboral.*

2. Evitar situaciones estresantes.
3. Tener horarios fijos de sueño y alimentación, evitar trasnocho.
4. Evitar consumo de café y bebidas energizantes.
5. Incentivar actividades lúdicas relajantes.
6. Se recomienda rotar postura de pie y sentado para evitar dolores musculares.
7. Continuar manejo con especialista tratante."

(Negrilla y subraya fuera de texto)

- Fragmento de Historia Clínica del señor Helmar Alberto González Pérez de atención por Psicología con fecha 28/02/2014 donde se consigna impresión diagnóstica estado de ánimo depresivo y conflictos conyugales según lo establecido en la tercera sesión de psicoterapia (fl.137)
- Fragmento de Historia Clínica del señor Helmar Alberto González Pérez, atención con fecha 18/03/2014, de consulta por primera vez de medicina especializada Psiquiatría en la que refiere que tuvo persecución laboral; realizada en la Clínica Nuestra Señora de la Paz (fl.136)
- Orden de remisión a consulta por primera vez por psicología por trastorno de ansiedad y depresión emitida por el Médico General de la EPS Compensar el 9 de abril de 2014, se le prescribe *fluoxetina* (fl.135)

Las recomendaciones de medicina laboral de la EPS Compensar, fueron puestas en conocimiento de la Procuraduría General de la Nación y remitidas por el Jefe de División de Gestión Humana al Jefe de la División de Seguridad, Coronel Héctor Alfonso Cruz Bonilla, a través de Oficio SIAF No.159037 del 16 de mayo de 2013, señalándole que *"...se hace necesario que a través de la División de Seguridad, se adopten las medidas pertinentes, para cumplir con las recomendaciones antes enunciadas y así evitar un riesgo en la salud del citado servidor..."* (fl.150).

De lo anterior, se observa que a las recomendaciones médicas se les dio el trámite interno dispuesto de para las mismas y conforme con el mismo escrito de la EPS Compensar, pero subrayándose que la calificación de sus condiciones médicas fue de origen COMÚN y no laboral, siendo este el diagnóstico obtenido después de llevarse a cabo el tratamiento de psicoterapia por parte del profesional médico especializado. Además, se anota que el actor no realizó ningún trámite tendiente a establecer una disminución de la capacidad laboral sustancial derivada del síndrome depresivo que padecía³⁴.

Razones por las cuales el cargo de infracción de las normas no prospera.

b. Falsa motivación:

Con respecto a la falsa motivación del acto demandado, que según las argumentaciones de la accionada se sostiene en que no se argumentaron las razones de la insubsistencia, y que la presunción del mejoramiento del servicio no puede corresponder en tanto el señor González Pérez se desempeñó con excelencia, contaba con experiencia y no tenía anotaciones negativas en su hoja de vida.

Ahora bien, sea la oportunidad para referir que el Consejo de Estado ha sostenido en reiterados pronunciamientos que el buen desempeño de un empleo es lo que cabe esperar del funcionario, por lo tanto ello no genera fuero de estabilidad, de ahí que estas circunstancias aducidas por el apelante no enerva la facultad discrecional del nominador, como quiera que la condición de ser buen funcionario es o debe ser una característica propia de todo empleado público, de manera que la eficiencia y eficacia del servidor público no pasa de ser un deber inherente al ejercicio del cargo y no algo excepcional³⁵.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ. sentencia del diez (10) de mayo de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 25000-23-42-000-2013-05194-01(4165-15). Actor: Sandra Patricia Villa García. Demandado: Nación - Fiscalía General de la Nación.

³⁵ En sentencia de 31 de julio de 1997 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado No. 16128, al respecto dijo: *"... en lo que respecta al buen desempeño del actor, durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador, fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examine, la que se presume ejercida en aras del buen servicio."* (Subrayas no son del texto citado).

En similar sentido se pueden leer, entre otras, de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado: Sentencia del 24 de julio de 2008, radicado interno 7066-05, Consejero Ponente Dr. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE; sentencia del 26 de abril de 2012, radicado interno 1205-10, Consejero Ponente Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE.

La Sección Segunda de esa Corporación³⁶, dilucidando el asunto de un empleado de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación declarado insubsistente y que alegaba aspectos similares a los que aduce el demandante en el *sub examine*, expuso:

"(...) La Sala desestimaré el argumento mediante el cual el actor sostuvo que en razón a que prestó sus servicios eficientemente y acató el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus funciones no podía ser retirado de la entidad demandada, puesto que una excelente hoja de vida y la buena gestión en las actividades desempeñadas acatando las directrices del Procurador General de la Nación, no le otorgaban estabilidad en el empleo ya que no gozaba de la calidad de funcionario escalafonado. Además, ejercer la función pública con el mayor decoro y compromiso es una obligación de todo servidor público lo cual no otorga garantía de inamovilidad en el empleo, máxime cuando se ocupa un cargo de libre nombramiento y remoción. (...)"

Igualmente, vale la pena señalar que no existe en el expediente una prueba que indique que el señor Helmar Alberto González Pérez haya realizado algo excepcional al normal desempeño de sus funciones como Agente de Seguridad Código 6AG Grado 11 de la División de Seguridad, o que en su hoja de vida (obstante en cuaderno No.3 de expediente administrativo) soportara experiencia o estudios, que conduzcan a considerar que quien lo reemplazó no alcanzó tal grado de excepcionalidad³⁷; pues al revisarse la hoja de vida del señor William Ferney Vargas Carreño (quien sucedió en el empleo al aquí accionante según el memorial de la PGN obrante a folio 352) se observa que cuenta con un tiempo total de experiencia de 16 años y 2 meses, habiéndose desempeñado tanto en el sector público como privado, incluyendo un tiempo como Patrullero de la Policía Nacional y múltiples cursos en protección de dignatarios, derechos humanos, vigilancia privada, escolta y tripulantes, así como un técnico en contabilidad (páginas 3, 4 y 5 del DVD a folio 355).

Se concluye de la extensa jurisprudencia del 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 implicaría 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 ejerza³⁸.

Igualmente, en los eventos en los cuales se trata de la insubsistencia de servidores de libre nombramiento y remoción, el ordenamiento jurídico colombiano ha previsto que es posible expedir los actos sin dejar constancia de los motivos en el mismo.

Ahora bien, en lo que se refiere a la anotación en la hoja de vida de las causas que originaron la desvinculación del señor Helmar Alberto González Pérez, ha considerado en múltiples oportunidades el Consejo de Estado³⁹ 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 otras palabras, el acto por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante debe ser inmotivado 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. Sobre el particular, se ha manifestado⁴⁰:

"(...) En el presente caso a pesar de que no se acreditó la anotación en la hoja de vida de la demandante de los hechos que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento en el cargo de Asesora de la

³⁶ Consejo de Estado. Sentencia de 24 de octubre de 2013, radicado interno 1928-13, Consejero Ponente Dra. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Actor: Jairo Hernando Gutiérrez García. Accionado: Procuraduría General de la Nación.

³⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ. sentencia del veinte (20) de septiembre de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00739-01(4541-13). Actor: Jeannette Lucía Novoa Montoya. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

³⁸ 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. Consejero ponente: Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO, por mencionar una de tantas.

³⁹ Consejo de Estado. sentencia de 30 de marzo de 2017, radicado: 150012331000200900058 01, actora: Myriam Elisa Vera Alfonso. Consejero Ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

⁴⁰ Sentencia del 2 de marzo de 2017. Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ. Expediente. 3686-14.

Secretaría Distrital de Desarrollo Económico, tal como lo ha señalado esta Corporación, esta omisión no afecta la validez del acto administrativo demandando por tratarse de un acto posterior que no hace parte del mismo (...)

Con respecto al argumento, según el cual, el acto es nulo porque no se dejó constancia de los hechos y las causas que originaron la insubsistencia en la hoja de vida de la actora, la Sala reitera que la exigencia en mención, puede ser cumplida en forma posterior a la expedición del acto de insubsistencia, y en consecuencia, es un requisito de índole formal sin la virtualidad de afectar su validez. De manera que la inobservancia en atender esta norma, a lo sumo puede llegar a constituir falta disciplinaria para el funcionario que la omite, pero dado que no ostenta carácter sustancial no tiene ninguna relevancia como para pretender que por esta circunstancia la decisión sea nula⁴¹.

(...)

*En relación con la presunta violación del artículo 26 del decreto 2400 de 1968, alegada por la actora en el libelo introductorio, basta señalar que ha sido reiterada la jurisprudencia de esta corporación en el sentido de que **la constancia en la hoja de vida del ex servidor público acerca de las causas que generaron la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento no constituye elemento del acto ni requisito para su validez y eficacia** y, por ende, la omisión de tal exigencia no conduce a la anulación del mismo⁴².*

(Lo resaltado en negrilla es de la Sala).

La Sección Segunda del Consejo de Estado⁴³ ha reiterado que la falta de anotación en la hoja de vida de las circunstancias de hecho y las causales de remoción del empleado, no genera la nulidad del acto de insubsistencia y tampoco es un requisito de existencia ni de validez del mismo, puesto que se expresa mediante una actuación posterior e independiente del retiro del servicio como una garantía para el afectado con la decisión de tener la certeza de que el acto de desvinculación se ajustó a los límites de la potestad discrecional del nominador.

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 del nombramiento del demandante fue una facultad discrecional de la entonces Procuradora General de la Nación (E) 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; y como quiera que no cabe duda de que el empleo que desempeñaba la demandante era de libre nombramiento y remoción, y que la ausencia de anotación de los motivos de la insubsistencia no vicia la decisión de retiro del servicio de un empleado de esta categoría, ya que se trata de un elemento ajeno al acto administrativo que no tiene la virtualidad de afectarlo, no tiene vocación de prosperidad este cargo.

c. Desviación de poder:

Considerando el demandante que la insubsistencia no fue en ejercicio de la facultad discrecional, sino: por el estado de salud que se encontraba debido al constante acoso laboral que tuvo que padecer por parte de su superior (agresor), o como una retaliación por haberse atrevido a denunciar.

Al respecto, cabe señalar que obra en el proceso el expediente de la actuación adelantada por el Comité de Convivencia Laboral de la PGN, en razón a la queja presentada por el señor Helmar Alberto González Pérez contra el señor Guillermo Saa Merchancano también Agente de seguridad de la División de seguridad de la Procuraduría quien ejercía labores de coordinación entre los miembros de la dependencia (radicada el 30/04/2013 a fls.163-197 y cuaderno No.4 fls.1-39), el cual surtida toda la actuación procedente, fue remitido, en razón de su complejidad, según lo determinara esta instancia, a la Veeduría de la Procuraduría General de la Nación siendo radicada en el sistema de información misional SIM bajo el No. IUS 2013-381333 al tenor de la Ley 1010 de 2006 (fl.200).

⁴¹ Sentencia del 17 de mayo de 2007. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado. Expediente: 25000-23-25-000-2001-08248-01(0990-05).

⁴² Sentencia del 15 de mayo de 2008. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Consejero ponente: Jesús María Lemus Bustamante. Expediente: 25000-23-25-000-2003-04220-01(4858-05).

⁴³ Ver entre otras las siguientes sentencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Radicación número: 25000-23-25-000-2003-06984-01(1205-10). Actor: María Eugenia Bríñez Niño: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. sentencia del 9 de febrero de 2012. Rad. Núm. C.P. 25000-23-25-000-2004-05355-02(1592-10). Actor: Camilo Bernal Pacheco: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. 25000-23-25-000-2004-04049-02(2465-07). Actor: Myriam Pastrana de Pastrana.

Proceso en el cual, surtida la indagación preliminar con fecha 22/01/2014 ordenándose la instrucción de la actuación (fls.201-202, 358-359, y cuaderno No.4 fls.43-44) la Veeduría determinó darle apertura a la investigación disciplinaria contra el señor Saa Merchancano (fls.360-366 y cuaderno No.4 fls.81-87 y 104-105).

Así mismo en el trámite procesal se recepcionaron los testimonios de los señores William Millán Monsalve, abogado empleado de la PGN y quien fungió como presidente del sindicato de la entidad (fls.369 y 382), Mauricio Toloza, ex compañero del demandante (fl.394 y 404), y Cesar Pablo Ortiz Burgos, quien laboraba en áreas distintas de la Procuraduría en el tiempo de labor del accionante (fls.395 y 404), quienes corroboraron las manifestaciones plasmadas por el demandante en la queja por acoso laboral interpuesta por el señor Helmar Alberto González Pérez en contra del señor Guillermo Saa Merchancano, quien también se desempeñaba como agente de seguridad, destacando que se extralimitaba en sus funciones y obraba sobre los demás impartiendo órdenes y amenazas, aprovechando la labor de coordinación que la había sido asignada y por encima del Jefe de la División de Seguridad que en un principio fue el señor Coronel Juan Pablo Zuluaga Hurtado, y posteriormente, el señor Coronel Héctor Alfonso Cruz Bonilla (fls.331-333).

De los testimonios recaudados se observa que pese a que los testigos dan fé de la persecución, malos tratos y extralimitación del señor Guillermo Saa Merchancano, como testigos de oídas, al tener conocimiento no directamente de los hechos sino de las manifestaciones del demandante y de algunas otras personas que no se individualizan con claridad.

Otro punto en común de los testimonios es que señalan una cierta relación entre el señor Guillermo Saa Merchancano y la Vice Procuradora General de la Nación la Dra. Martha Isabel Castañeda Curvelo, ninguna a ciencia cierta da razón de que tipo de relación les vinculaba o de las razones de la misma, solo repiten sin argumentos la existencia de la misma. Por ejemplo, del testimonio del señor Mauricio Toloza, se extrae:

"PREGUNTADO: señor Mauricio por favor indíqueme al Despacho a que se refiere con que el señor Guillermo Saa era el protegido de la señora Vice Procuradora General de la Nación. CONTESTO: Claro porque cuando el Coronel Zuluaga ya me dijo, porque yo me le presenté al Coronel Zuluaga porque a mí no me pasaron con acto administrativo a seguridad por lo tanto yo tampoco nunca estuve en seguridad, bueno, me le presento entonces al que iba a ser mi jefe el Coronel Zuluaga y él me dice no Mauricio ya conmigo no sino con Guillermo, pues que quiere decir eso, pues que la señora Vice Procuradora pues lo puso a él de coordinador, uno deduce eso, pues él no se va a postular de coordinador y de una vez también va a ser coordinador porque yo quiero, no a él tuvo que haberlo colocado alguien, si el Coronel ya no estaba obviamente tenía que ser la Vice Procuradora. PREGUNTADO: como le consta a usted que fue la vice procuradora la que puso a Guillermo Saa como coordinador. CONTESTO: ah bueno yo no vi ni el momento, porque vuelvo y le repito yo no estuve sino cuatro días, yo no pertenecía a seguridad y yo cuando volví de mis tres días que empecé a hacer mi gestión de pensión si yo no vi si digamos, supuestamente uno sabe que el que coordinaba todo allá de seguridad era Guillermo Saa, y obviamente el Procurador Alejandro Ordoñez el no ingería en eso, si, quien era la segunda al mando, la señora Vice Procuradora, eso deduzco pero no porque yo me haya dado cuenta de que ella, haber yo no vi ni siquiera un escrito o una resolución nada porque eso uno no lo ve pero uno se da cuenta que si el coordina vayan a esto hagan esto, el servicio para este fin de semana lo hace fulano de tal, entonces la señora vice procuradora que tenía pues digamos injerencia en seguridad le dirá usted manéjeme eso y me informa quienes van para ese turno, quienes, pues o sea era la única persona porque, pues el procurador no, y el jefe de seguridad al no estar el coronel Zuluaga pues quien va a ser nadie más, ahora que yo haya visto no, porque vuelvo y le repito yo no estuve sino solo cuatro días como conductor..." (CD a folio 404 del expediente minuto 06:00 en adelante)

Además muchos de los hechos expuestos en los testimonios que versan sobre la situación particular del actor, se observa tienen como origen las mismas afirmaciones del demandante, es decir, el conocimiento de los hechos que exponen es de oídas, no pudiendo catalogarse como testigos de excepción de los hechos narrados. Salvo las deposiciones del señor Cesar Pablo Ortiz Burgos, quien expuso su caso particular, sobre los abusos del señor Saa hacia él también como agente de seguridad de la Procuraduría lo que alega lo llevo a la renuncia a su cargo, pero de los que sobre el vínculo entre el funcionario denunciado y la Vice Procuradora tan solo pudo manifestar:

"PREGUNTADO: Por cuanto tiempo ejerció ese mando. CONESTO: decir un tiempo estimado, fueron bastantes meses de hecho la actividad que ejercía este señor fue el motivo o los motivos que originaron mi renuncia a la entidad también por acoso laboral por parte de este señor de manera grotesca, siempre el manifestó de manera

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
 DEMANDANTE: HELMAR ALBERTO GONZÁLEZ PÉREZ
 EXPEDIENTE: 2014-00584

directa que recibía ordenes de la Dra. Martha Isabel, “es orden de la Vice”, eran los términos que él utilizaba, siendo coordinador de seguridad a instalaciones me convertí en recepcionista de la Procuraduría por primera vez en ese cargo como recepcionista que nadie había ejercido, posteriormente fui llevado a la calle a pararme en una esquina, hicieron trabas en el desarrollo de mis estudios de derecho, para séptimo semestre lo que ocasiono que aplazar mi semestre perder lo de mi matrícula porque la Dra. Martha Isabel nunca quiso firmarme la autorización de estudios que no truncaban mi horario laboral y pues este señor, siempre le señale al señor Guillermo Saa, que cuales eran los motivos, situación que se repetía con todo el mundo porque de él se veía el maltrato laboral continuo...” (CD a folio 404 del expediente minuto 39:40 en adelante)

Lo anterior en concordancia con el hecho de que dentro de las manifestaciones, descargos y acusaciones contra el señor Guillermo Saa Merchancano por parte del demandante en la queja presentada ante la entidad, no se consigna en ninguno de sus apartes el posteriormente alegado vínculo entre el disciplinado y la Procuradora Encargada que suscribió el decreto de insubsistencia del nombramiento del señor Helmar Alberto González Pérez.

Ahora bien, sobre los recortes noticiosos visibles a folios 224 y 225 del expediente se permite precisar el Despacho que en relación con el valor probatorio que se le asigna a las publicaciones periodísticas, la jurisprudencia el Consejo de Estado⁴⁴ ha sostenido que las mismas son consideradas prueba documental que, en principio, solo tiene valor secundario o principio de prueba frente al hecho que se pretende acreditar. En efecto, el alcance probatorio de las aseveraciones contenidas en las publicaciones de prensa únicamente demuestran el hecho noticioso, esto es, el registro mediático de un hecho en particular, sin que ello constituya plena prueba⁴⁵, máxime cuando el origen de la noticia es la propia manifestación de quien en esta oportunidad presenta la acción.

Evidenciándose además que, la entidad adelantó la actuación procedente ante la queja formulada por el señor Helmar Alberto González Pérez, de conformidad con lo dispuesto en la norma aplicable para estos procesos, que es la Ley 1010 de 2006, agotándose la instancia del Comité de Convivencia Laboral quien determinó remitir el expediente a la Veeduría de Procuraduría General de la Nación (fl.200) y ésta encontrando mérito para ello abrió investigación disciplinaria contra el señor Guillermo Saa Merchancano, lo cual fue certificado por dicha instancia quien además precisó que el expediente está en evaluación de la investigación por parte del profesional encargado (fl.2 cuaderno No.4 respuesta oficios Nos.J17AD-2017-669 y J17AD-2017-670).

Ahora bien, por efectos de la presunción de derecho que ampara los actos administrativos, éstos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario, de manera que corresponde a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

El Consejo de Estado ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias **“que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.”**⁴⁶

Cuando se trata de la desviación de poder por el torcido ejercicio de una facultad discrecional que está en la voluntad del agente que desempeñaba la función, es preciso acreditar comportamientos suyos que lo hayan llevado a un determinado proceder **para que quede claramente definida la relación de causalidad entre el acto administrativo y el motivo que lo produjo**⁴⁷.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00483-01(2110-13), Actor: Roger José Carrillo Campo, Demandado: Positiva Compañía de Seguros S.A.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 29 de enero de 2015, Rad 2274-2010.

⁴⁶ Sentencia de 31 de Agosto de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda Consejero ponente: CLARA FORERO DE CASTRO.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia del dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 70001-23-33-000-2014-00035-01(0147-15), Actor: Andrés Felipe Henao Castaño, Demandado: Ministerio de Defensa - Policía Nacional.

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

Con lo cual, al estudiar el cargo endilgado con las pruebas que obran en el expediente considera el Despacho que no se prueba sin asomo de duda el nexo causal entre la insubsistencia decretada por la Vice Procuradora Martha Isabel Castañeda Curvelo, en encargo como Procuradora General, y la presunta represalia por parte del señor Guillermo Saa Merchancano por la queja que presentó el demandante contra él, la cual además de haber sido nueve meses atrás, no se logra vislumbrar el vínculo existente entre estos dos funcionarios como para soportar e influenciar el retiro del actor.

Debe señalarse que pese a que en el expediente se acredita que el señor Helmar Alberto González Pérez fue víctima de acoso laboral por parte de un compañero de trabajo quien fue en su momento coordinador auto denominado, sin embargo la relación entre el abusador y la Viceprocuradora, para que el primero pudiera determinar o tuvo injerencia en la determinación que adoptó la Procuraduría para la separación del cargo del demandante no contó con el respaldo probatorio suficiente; por lo que el cargo no prospera.

COSTAS: El Despacho, teniendo en cuenta que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, estableció que *"Salvo en los procesos 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"*.

Así también el numeral 4° del artículo 366 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 188 del CPACA, prevé: *"Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas...."*

Ahora bien, el numeral 3.1.3 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 expedido por el Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fijó como agencias en derecho en los procesos de primera instancia una tarifa equivalente hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Respecto de la condena en costas a la luz del Código General del Proceso⁴⁸, la Corte Constitucional ha dicho lo siguiente: *"La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto, según el artículo 365. Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366 se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra."* (Subrayas para resaltar)

Ahora bien, el Consejo de Estado⁴⁹ ha señalado, al igual que lo hace la Corte Constitucional que la condena en costas es un criterio objetivo y que en cada caso concreto debe aplicarse la regla del numeral 3, esto es que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación:

"Con la adopción del criterio objetivo para la imposición de las costas, no es apropiado evaluar la conducta asumida por las partes si no que es el resultado de la derrota en el proceso o del recurso interpuesto. Es decir, la condena en costas procede contra la parte vencida en el proceso o en el recurso, con independencia de las causas de la decisión desfavorable, lo que deja en evidencia el criterio objetivo adoptado por el ordenamiento procesal civil"

⁴⁸ Cfr. La sentencia C-157/13 M.P. Mauricio González Cuervo, en la que se declaró exequible el parágrafo único del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, bajo el entendido de que tal sanción- por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta con ponencia del Consejero OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ, sentencia del seis (6) de julio de dos mil dieciséis (2016), Radicación No. (20486), Actor Diego Javier Jiménez Giraldo Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN.

JUZGADO (DIECISIETE) 17 ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ
 DEMANDANTE: HELMAR ALBERTO GONZÁLEZ PÉREZ
 EXPEDIENTE: 2014-00584

Lo que no obsta para que se exija “prueba de existencia, de su utilidad y de que correspondan actuaciones autorizadas por la ley”

Esta Sección de manera reiterada ha dicho que la regla que impone la condena en costa (rela nro. 1, 2, 4 y 5) <<debe analizarse en conjunto con la regla del numeral 8, que dispone que “Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación>>⁵⁰”

Por lo anterior, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte demandate, en tanto no se comprobaron el valor de las agencias en derecho en esta instancia procesal.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la **JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVA ORAL DE BOGOTÁ**, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda de conformidad con la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO.- NO CONDENAR EN COSTAS, conforme a lo expuesto en precedencia por no aparecer probadas.

TERCERO.- Una vez en firme esta sentencia, **DEVUÉLVASE** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y, **ARCHÍVENSE** las diligencias dejando las constancias del caso, en el Sistema Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MARTHA DE ADAIME CABRERA
 Juez

78

⁵⁰ Cfr. las sentencias del 19 de mayo de 2016, radicados Nro. 20616 y 20389, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia, en las que se reiteró el criterio de la Sala expuesto en sentencia complementaria del 24 de julio de 2015, radicado Nro. 20485, C.P Martha Teresa Briceño de Valencia y otros.