



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-

Bogotá D.C., treinta (30) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Proceso No.: 11001-33-35-028-2019-00025-00
Demandante: Angie Julieth Rodríguez Jiménez
Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional
Asunto: Solicitud de reintegro ante la terminación de un nombramiento en provisionalidad de una empleada civil

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por la parte demandante **Angie Julieth Rodríguez Jiménez**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.030.548.892 expedida en Bogotá, por intermedio de apoderado en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra de la **Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Policía Nacional**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones¹

La parte demandante, por intermedio de apoderado, pretende lo siguiente:

“PRIMERA: Solicitó se declare la nulidad de la Resolución No. 03558 del 6 de julio de 2018, expedida por el Director General de la Policía Nacional, por medio de la cual se terminó injusta, arbitraria e ilegalmente el nombramiento en provisionalidad de la señora **ANGIE JULIETH RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**, por ende, se desvinculó de la planta de funcionarios de la Policía Nacional; así como los actos administrativos de ejecución de la decisión anterior decisión.

SEGUNDO: A manera de Restablecimiento del derecho se ordene:

2.1. Ordenar el reintegro o vinculación en Provisionalidad a la Policía Nacional de la señora **ANGIE JULIETH RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**, en el mismo cargo y funciones, al haberse dado la terminación de la provisionalidad de manera ilegal, injusta y arbitraria.

2.2. Que se condene a la Policía Nacional al pago de los dineros de carácter salarial y prestacional que se dejó de percibir por parte de la señora **ANGIE JULIETH RODRÍGUEZ JIMÉNEZ**, debido a la terminación ilegal de la provisionalidad.

TERCERO: Que se ordene el cumplimiento de la sentencia dentro del término establecido por el señor (a) Juez.

¹ Archiv o Digital No. 1, Págs. 2 y 3.

CUARTA: *Que de no efectuarse el pago de forma oportuna como lo dispone el C.P.A.C.A., la Policía Nacional liquidará los intereses comerciales y moratorios hasta que se efectúe el pago debidamente indexado y actualizado, condenando en costas a la entidad demandada.”*

2. Hechos

Señala la parte demandante que se vinculó a la Policía Nacional como empleada civil en provisionalidad Mediante Resolución No. 04150 del 31 de octubre de 2012, en el cargo de Auxiliar de apoyo y defensa, código 6.1., grado 11, respecto del cual tomó posesión mediante acta No. 580 del 19 de noviembre de 2012.

Aduce que durante su vinculación entre el 19 de noviembre de 2012 y el 18 de noviembre de 2018, desempeñó sus funciones en debida forma, sin que se le notificara actuación disciplinaria o administrativa que sugiriera lo contrario.

Indica que el 22 de febrero de 2018, puso en conocimiento del entonces Coronel Pablo Antonio Criollo Rey, una situación de acoso laboral, maltrato laboral y psicológico, lo que quedó registrado en el Acta No. 043 SEGEN-GUSAP 2.25 del 28 de febrero de 2018, en la que se llegó a un compromiso de manejar internamente el asunto y por parte de la entidad empleadora de mejorar el entorno de trabajo y ambiente laboral.

No obstante, indica que la Intendente Luz Mery Vega Carvajal presentó un informe en contra de la accionante con fecha 6 de marzo de 2018, en el que indica que se encuentra en curso una indagación preliminar No. 126-2018 por parte de la Oficina de Control Interno Disciplinario del Ministerio de Defensa.

Expone que dada la situación presentada, la accionante solicitó mediante oficio No. 036394 APRE.GROIN del 26 de junio de 2018, se analizara la posibilidad de ser trasladada de dependencia, pero sin mediar decisión disciplinaria de fondo mediante Resolución No. 03558 del 6 de julio de 2018, que le fue notificada el 18 de julio de 2018, se dio por terminado su nombramiento, con fundamento en el incumplimiento de funciones asignadas y en su comportamiento, señalando que afectaba la dignidad de los compañeros de trabajo, la funcionalidad y dinámica institucional.

Finalmente, precisa que no se le impuso sanción disciplinaria, ni tampoco evaluación, seguimiento y plan de mejoramiento como lo dispone la Ley de desempeño de Función Pública.

3. Normas violadas y concepto de violación²

La demandante cita como normas violadas, los artículos 13, 25, 29, 48, 53 y 125, los artículos 4, 5, 6, 13, 14 y 18 de la Ley 734 de 2002 de la Constitución de 1991 y los artículos 7 a 9 del Decreto 1793 de 2000.

² Folios 238 a 262 del cuaderno núm. 1 del expediente.

Indica que con el acto administrativo demandado se desconoció que el retiro del servicio sólo procede de conformidad con el artículo 125 de la Constitución de 1991, por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la Ley.

Además, refiere que la Ley 87 de 1993, conmina a las entidades públicas a implementar sistemas de evaluación, por lo que asegura que la Ley 909 de 2004, señala que debe efectuarse evaluación de los funcionarios sin distinción de su vinculación, lo que reitera el concepto No. 20166000016871 de 2016 del Departamento de la Función Pública y el concepto No. 02-17189 radicado 02-2008-30200 de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Refiere que de conformidad con la sentencia T-007 de 2008 de la Corte Constitucional los actos administrativos de retiro de un empleado designado en provisionalidad deben ser motivados, garantizándole la posibilidad de controvertir los argumentos que allí se exponen, sobre los cuales advierte en este caso no tuvo la oportunidad de hacerlo previamente a que se adoptara la decisión.

Señala además que se vulneró el derecho de audiencia y defensa al retirarse la accionante sin que se haya desvirtuado la presunción de inocencia dentro de un juicio disciplinario.

Añade que en este caso también se incurrió en desviación de poder, ya que el 22 de febrero de 2018 la accionante puso en conocimiento una situación de acoso laboral, por lo que no se determinó el traslado de dependencia y como retaliación obtuvo el retiro del servicio que aquí se demanda.

4. Trámite del proceso

Mediante auto del 11 de marzo de 2019, se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó notificar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional.

5. Contestación de la demanda

La entidad demandada, contestó de manera extemporánea por lo que tal respuesta no pudo ser tenida en cuenta.

6. Fijación del litigio y traslado para alegar de conclusión

En auto del 4 de diciembre de 2019, se convocó a las partes a la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, a celebrarse el 17 de marzo de 2020, no obstante, en auto del 6 de marzo de 2020, se advirtió que faltaba enterar de esta demanda al Ministerio Público, por lo que se ordenó notificarle en legal forma.

Con auto del 17 de febrero de 2022, en aplicación de la reforma a la Ley 1437 de 2011, por la Ley 2080 de 2021, se fijó el litigio y se tuvo por presentadas las pruebas documentales aportadas por la parte demandante, se decretó una prueba de informe a cargo de la entidad demandada y no se tuvieron en cuenta las

solicitudes probatorias por parte de la entidad demandada, porque como se indicó la contestación fue extemporánea.

Una vez recaudada la prueba documental pendiente en este proceso, en auto del 2 de marzo de 2023, se declaró precluida la etapa probatoria y en auto del 30 de marzo de 2023, se corrió traslado común a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegaciones finales y concepto respectivamente.

6.1. Parte Demandante

La parte accionante insistió en los hechos y pretensiones de la demanda argumentando que el contenido del acto administrativo no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto 091 de 2007 y el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, en razón a que no se le demostró a la demandante la comisión de alguna falta disciplinaria.

Además, alega que la terminación del nombramiento en provisionalidad no se dio porque alguna persona hubiera aprobado el concurso y estuviera en lista esperando tal nombramiento, por lo que considera que el retiro fue subjetivo y como retaliación a la denuncia por acoso laboral presentada por la accionante.

Destaca que los comunicados que constituyen el fundamento del acto administrativo, no fueron puestos en conocimiento de la demandante y no hacen parte de una rigurosa investigación disciplinaria. Considera que la situación descrita constituye una flagrante violación del debido proceso.

6.2. Parte demandada

Solicitó que se negarán las pretensiones de la demanda, pues considera que el acto administrativo atacado se expidió conforme a la Ley, especialmente, lo regulado en el Decreto 1083 de 2015.

Se destaca que el Ministerio Público en este caso guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES.

1-. Problema jurídico.

El presente asunto se contrae a determinar si es procedente declarar la nulidad del acto administrativo demandado y como consecuencia de ello establecer si es procedente reintegrar a la demandante al mismo cargo y funciones que venía desempeñando, con el respectivo reconocimiento de salarios y prestaciones dejados de percibir.

2. Marco legal y desarrollo jurisprudencial

2.1. Empleo público en provisionalidad

Como primera medida se destaca que conforme con el artículo 125 de la Constitución de 1991, los empleos en las entidades u órganos estatales son por regla

general de carrera, exceptuando, aquellos que la Carta y la Ley han determinado como de elección popular o que según las funciones que se deben desempeñar son de libre nombramiento y remoción.

La regla general impone que los cargos se provean por medio de un concurso de méritos que contenga las etapas necesarias de eliminación y clasificación, para la escogencia de la persona que tenga el mejor perfil y capacitación, a fin de satisfacer las necesidades que el empleo público demanda, es por ello, que en vigencia de la Carta Política, la Ley 443 de 1998 *“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”*, indicó en su artículo 2º, que son principios rectores la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, pero tienen mayor relevancia la igualdad y el mérito para el acceso al cargo determinado, respecto de los cuales sólo importa la demostración de las calidades necesarias del aspirante y el agotamiento exitoso de las etapas señaladas en la Ley.

En atención al tiempo de duración de los concursos de méritos y que los empleos no pueden permanecer vacante so pena de afectar la prestación del servicio público, en el artículo 10º de la Ley 443 de 1998 se estableció la posibilidad de nombrar en provisionalidad a quien tenga las calidades y reúna los requisitos del mismo, previa verificación por parte de la entidad nominadora de si alguno de los empleados de carrera cuenta con los requisitos para ser encargado. Todo lo anterior, señaló la norma, se haría por un período de cuatro (4) meses, prorrogable con justificación consistente en la duración del concurso enviada a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que diera su visto bueno.

Igualmente, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, previó el nombramiento en provisionalidad en el caso en que ningún empleado de la planta de personal pueda asumir el encargo frente a una situación administrativa que se presente con el empleado de carrera.

El inciso 3º del numeral 5º del artículo 31 de la Ley en comento también prevé la posibilidad de hacer un nombramiento en provisionalidad, cuando se produzca el ascenso de un empleado de carrera durante el término que se encuentre en período de prueba.

Por su parte, el Decreto 1225 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, estableció en el parágrafo del artículo 8º, que la necesidad del servicio es determinante para la provisión de empleos de carrera vacantes bajo la modalidad de la provisionalidad, por el término de seis meses, mientras se convoca el concurso de méritos, término en el que es deber de la entidad convocar el concurso.

2.2. Sobre el retiro de los empleados nombrados en provisionalidad

El artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 *“Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil”*, indicaba que *“...{e}n cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o*

provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el Gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados... ”.

Posteriormente, el artículo 41 parágrafo 2º de la Ley 909 de 2004, se indicó que el acto administrativo del retiro del empleado público que desempeña un cargo en carrera, debe ser motivado y originado en las causales contempladas en el parágrafo del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, así:

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

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

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

c) inexequible mediante sentencia C-501 de 2005 de la Corte Constitucional.

d) Por renuncia regularmente aceptada;

e) Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez; (Exequibilidad condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-501 de 2005).

f) Por invalidez absoluta;

g) Por edad de retiro forzoso;

h) Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario;

i) Por declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo; (Exequibilidad condicionada por la Corte Constitucional en la sentencia C-1189 de 2005).

j) Por revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen;

k) Por orden o decisión judicial;

l) Por supresión del empleo;

m) Por muerte;

n) Por las demás que determinen la Constitución Política y las leyes.

PARÁGRAFO 1. *inexequible mediante sentencia C-501 de 2005 de la Corte Constitucional.*

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

La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”³

³ Artículo 41 de la Ley 909 de 2004

Es importante precisar que las causales de retiro citadas hacen referencia a todos los empleados públicos y no sólo los provisionales, así mismo, de la norma se extrae que el retiro de este tipo de servidores debe tener un sustento en el que se motive el motivo que orienta la decisión.

La jurisprudencia del consejo de Estado ha precisado que el análisis de este tipo de retiros depende de la norma vigente al momento de la declaratoria de insubsistencia, pues la Ley 443 de 1998, no requería motivar la decisión. Al respecto, se ha indicado:

“En este orden de ideas, a juicio de la Sala, mientras el cargo clasificado como de carrera administrativa no haya sido provisto por el sistema selectivo, el empleado se encuentra en una situación precaria, y admitir el fuero de estabilidad propio de los empleados de carrera administrativa para los nombramientos provisionales, dada la naturaleza del empleo, desatiende el sentido del concurso de méritos y desconoce que la permanencia en los cargos de carrera no se condiciona a la realización del concurso de méritos, sino que opera exclusivamente cuando se ingrese al sistema previa superación de las etapas que comprende el proceso selectivo, en consecuencia, el retiro del servicio para los empleados provisionales, a la luz de la Ley 443 de 1998, podía disponerse mediante acto de insubsistencia que, formalmente, por tratarse del ejercicio legítimo de una facultad discrecional del nominador, no requería ser motivado, esto es, no debía expresar las causas del retiro.

La anterior posición jurídica se ha mantenido durante la vigencia de la Ley 443 de 1998.

La tesis así planteada difiere de la expuesta por la Corte Constitucional, según la cual es necesaria la motivación del acto para poder desvincular a un funcionario nombrado en provisionalidad, sin embargo, en la sentencia SU-691 de 2011⁴, la Corte anota que “no resulta extraño que dos jurisdicciones, la constitucional y la administrativa, hayan elaborado, a lo largo de los años, unas líneas jurisprudenciales distintas sobre un mismo tema. Tal fenómeno suele explicarse por la razón histórica que determinó el surgimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo: la defensa del principio de legalidad”, y que bajo esta perspectiva, “no existe responsabilidad alguna de los jueces administrativos por la elaboración de una jurisprudencia constante sobre un determinado punto de derecho”.

Insubsistencia de provisionales ocurridas en vigencia de la Ley 909 de 2004⁵, sí requieren motivación.

*A partir de la sentencia del 23 de septiembre de 2010⁶, el Consejo de Estado ha considerado que la motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, cuya desvinculación ocurra luego de entrada en **vigencia de la Ley 909 de 2004**, se justifica en atención a que, de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 41 de esta ley (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad),*

⁴ MP Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵ **“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”.**

⁶ Sección Segunda, radicado interno 0883-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Actor: María Stella Albomaz Miranda.

En similar sentido se pueden estudiar: sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, del 4 de agosto de 2010, radicado interno 0319-2008, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; así como sentencia de la Subsección B de la misma Sección, del 17 de febrero de 2011, radicado interno 0387-2008, CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser motivado⁷, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo párrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004). ”⁸

La jurisprudencia citada, da cuenta de las dos tesis manejadas para resolver casos como el presente donde la determinación de la Ley vigente al momento del retiro es determinante para establecer si el acto de insubsistencia debe ser motivado y qué motivos pueden dar por terminada la relación legal.

2.3. El nombramiento en provisionalidad y el retiro en el régimen del personal civil del Ministerio de Defensa Nacional

El régimen del personal civil del Ministerio de Defensa-Fuerzas Militares y de Policía, se encontraba regulado de manera inicial por el Decreto 1214 de 1990, que en su artículo 8º establecía:

“ARTÍCULO 8. Los empleados públicos del Ministerio de Defensa y de la Policía Nacional no pertenecen a la Carrera Administrativa y son de libre nombramiento y remoción de las respectivas autoridades nominadoras, incluyendo a quienes se encuentren inscritos en otras carreras o escalafones especiales; en su nombramiento prevalecerá un sistema de selección por méritos, aptitudes e integridad moral.”⁹

La norma citada fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-356 de 1994 con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz, donde se indicó:

“Puntualizado lo anterior, encuentra la Corte que el artículo 8o. resulta inconstitucional por varias razones: en primer lugar, porque desde el punto de vista de la materia a cargo de la agencia del Estado, no es posible establecer discriminaciones entre los empleados públicos, de manera que unos sean de carrera y otros no, por ejemplo en razón de la circunstancia de que unos estén prestando sus servicios en instituciones encargadas de la seguridad o de la prestación de otros servicios, como los de agua, luz, teléfono, alcantarillado, etc.; puesto que es justamente para asegurar la mejor utilización de los recursos humanos de las instituciones públicas, a fin de alcanzar la mayor eficiencia en esos objetivos institucionales, para lo que se ideó el sistema de carrera administrativa. No pudiendo racionalmente alegarse que ese expediente racionalizador y civilizador de las vías de acceso a la función pública sea contrario o incompatible con las funciones de mantenimiento del orden público, de la seguridad interior o exterior de la República. Porque justamente, el constituyente creó la carrera administrativa para mejorar el ingreso, la calificación profesional y técnica, las condiciones de los empleados y su mayor eficiencia, y esto no puede ser contrario al esencial fin social y político que corresponde cumplir al Ministerio de Defensa y a la Policía Nacional.

En segundo lugar, las excepciones a la carrera que directamente consagra la Constitución Política, indican el interés del propio constituyente en que ellas se refieran a consideraciones atinentes al tipo de vinculación o ingreso a la función

⁷ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

⁸ Consejo de Estado-Sección Segunda-Subsección A, sentencia del 23 de septiembre de 2015, con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez (E), exp. 05001-23-31-000-2002-02327-01 (3651-13). **Las 4 citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

⁹ Decreto 1214 de 1990, artículo declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-356 de 1994.

pública del empleado, más que a las materias que estén a su cargo; y no puede el legislador autorizado para establecer esas excepciones, sobrepasar la lógica implícita en las distintas causales constitucionales, al ejercer sus competencias. Es entonces el racional sentido en el nombramiento en los empleos públicos, el que puede inspirar excepciones al ingreso a la carrera. Así como lo hizo el constituyente al excluir a los de elección popular, a los de libre nombramiento y remoción y a los trabajadores oficiales, sea cual fuere la materia o naturaleza de los asuntos en que deban desempeñar su labor.

Al no hacer distinción el artículo 8o., objeto de crítica, entre un tipo y otro de funcionarios del personal civil, para excluir a los de la naturaleza antes indicada de la carrera, dirigiéndose a todos, resulta por esa generalidad contraria a los alcances de la carrera administrativa, tal como es concebida en la Constitución Política. El carácter civil del personal no puede, por sí solo, ser motivo para la exclusión del instituto de la carrera.”¹⁰

Como puede observarse, la regla general constitucional consiste en que toda persona tiene derecho al acceso a los cargos públicos, sin importar la entidad que se trate y en carrera administrativa, previa regulación de temas específicos que le son permitidos al legislador para determinar qué tipo de cargos deben manejarse bajo las excepciones que la misma Carta Política refiere, como es el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción.

Es por lo anterior, que mediante la Ley 578 de 2000, se facultó al Gobierno Nacional, para derogar, modificar o adicionar entre otras normas, el Decreto 1214 de 1990, en el tema atinente al régimen de carrera, lo que a su vez produjo la expedición del Decreto 1792 de 2000 “*Por el cual se modifica el Estatuto que regula el Régimen de Administración del Personal Civil del Ministerio de Defensa Nacional, se establece la Carrera Administrativa Especial*”, mismo que en su reglamentación de la carrera administrativa sobre el personal civil del Ministerio de Defensa fue declarado inexecutable por la sentencia C-757 de 2001 de la Corte Constitucional, por considerar:

“...Examinados por esta Corporación cada uno de los artículos del Decreto Ley 1792 de 2000 atacado a la luz de las consideraciones anteriores, se ha de concluir que deben ser declarados inexecutable aquellos preceptos que fueron dictados en relación con el régimen especial de carrera para el personal civil del Ministerio de Defensa, para lo cual no fueron conferidas facultades extraordinarias por el artículo 2° de la Ley 578 de 2000, al no figurar expresamente dentro de los decretos que podían ser objeto de derogatoria, modificación o adición, la Ley 443 de 1998 ni los decretos que la desarrollaron.”¹¹

Como puede observarse, la inexecutable de dicho Decreto, en lo atinente a la reglamentación especial a la carrera administrativa, se presentó por un desconocimiento de la materia objeto de facultades extraordinarias, pues la Ley 578 de 2000, no concedió facultades al gobierno para modificar o derogar la Ley 443 de 1998, en lo pertinente al régimen de carrera del personal civil del Ministerio de Defensa.

Posteriormente se profirió la Ley 1033 de 2006 “*por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades*

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia C-356 de 1994, con ponencia del Magistrado Dr. Fabio Morón Díaz.

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-757 de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafur Galvis.

descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa”, que en el artículo 2º facultó extraordinariamente al ejecutivo para que, mediante Decretos con fuerza de Ley regulara el régimen del sector civil del Ministerio de Defensa. En consecuencia, se expidieron los Decretos 91 y 92 del 17 de enero de 2007, este último reglamentado mediante Decreto 1666 de 2007.

El Decreto 91 de 2007, sobre el acceso a la carrera administrativa del personal civil estableció como regla general el concurso de méritos, con etapas que comprenden la convocatoria, la práctica de pruebas eliminatorias y clasificatorias, entrevista, estudio de seguridad y nombramiento, así mismo reglamenta, el período de prueba, calificación, ascensos, situaciones administrativas, nombramientos en provisionalidad y retiro del servicio.

En este caso es importante precisar cuál es el ámbito de aplicación de la carrera especial del Ministerio de defensa y que principios rigen el sector:

“ARTÍCULO 4o. NATURALEZA DEL SERVICIO PRESTADO EN EL SECTOR DEFENSA. *El servicio que prestan los empleados públicos civiles no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, es esencial para el desarrollo de la misión del sector, esto es la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, así como para brindar las condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos humanos, las libertades públicas y la convivencia pacífica de los residentes en Colombia.*

ARTÍCULO 5o. PRINCIPIOS RECTORES. *Además de los principios consagrados en la Constitución Política y en concordancia con estos, son principios orientadores del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, los siguientes:*

- 1. Moralidad. Actitud permanente para desarrollar funciones y cumplir la Misión en términos de cooperación, solidaridad y respeto por la dignidad de las personas y la soberanía del Estado.*
- 2. Eficiencia y Eficacia. Optima utilización de los recursos disponibles, de suerte que sea posible ejecutar la Misión y las atribuciones del Sector Defensa en forma adecuada y oportuna.*
- 3. Economía y Celeridad. Agilización de los procedimientos y de las decisiones para el cumplimiento de las gestiones asignadas con la menor cantidad de trámites y exigencias documentales, en aplicación a las normas sobre la materia.*
- 4. Imparcialidad. Respeto por las libertades básicas, de suerte que todo asunto sea considerado con referencia al principio de igualdad y a la dignidad de las personas, respetando las diferencias, sobre las bases de la equidad, la reciprocidad y la conveniencia nacional.*
- 5. Publicidad. Comunicación a los interesados de los actos administrativos cuando la ley así lo determine, según la naturaleza del acto.*
- 6. Transparencia. Prevalencia del interés público, frente al interés particular, en orden a una prestación del servicio acorde con las responsabilidades de quienes ejercen la función pública.*
- 7. Especialidad. Cumplimiento de requisitos y condiciones derivados de las particulares características de la prestación del servicio en desarrollo de la política del sector defensa, a fin de garantizar la ejecución de las funciones asignadas y de*

las gestiones encomendadas con la seguridad, dignidad, el decoro, el conocimiento y el liderazgo que dicha particularidad requiere.

8. Unidad e Integralidad. Coherencia y articulación entre las actuaciones de las diversas entidades del Estado y de sus funcionarios en relación con la política de defensa y seguridad del Estado.

9. Confidencialidad. Especial grado de reserva frente a los asuntos que, por la naturaleza de la actividad del Sector Defensa, así lo requieran, incluyendo la información contenida en sus archivos.

10. Mérito. El ingreso a los empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, el ascenso y la permanencia en los mismos, estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para su desempeño.”¹²

Por ser relevante para el asunto, el sistema de ascensos en este régimen especial se encuentra establecido en los artículos 29 y 30 de la norma mencionada, señalando la existencia de un concurso de méritos para la provisión del cargo determinado, exigiéndose para el efecto la reunión de los requisitos para el ejercicio del mismo por parte del aspirante.

En igual sentido de esa reglamentación se destaca la siguiente clasificación de cargos:

“ARTÍCULO 6°. Clasificación de los empleos. Los empleos del personal civil y no uniformado del Sector Defensa, se clasifican en:

1. De período fijo.

2. De libre nombramiento y remoción.

3. De Carrera, perteneciente al sistema especial del Sector Defensa.”¹³

De esas categorías debe indicarse, que por la especialidad de la carrera en el sector defensa, se tienen como empleados de término fijo, a los Magistrados del Tribunal Militar y al Fiscal Penal Militar delegado ante el Tribunal Militar, de acuerdo con el artículo 7° de esa normativa. Las demás categorías ya se conocen.

En lo que toca al ejercicio de los cargos en provisionalidad, el artículo 56, señala:

“ARTÍCULO 56. Concepto. Teniendo en cuenta la especialidad de la misión de defensa y seguridad nacional del Sector Defensa, en caso de vacancia temporal o definitiva de un empleo del Sector Defensa, el nominador o quien este haya delegado, con el único requisito de haberse realizado previamente un estudio de seguridad al candidato, podrá nombrar en cargos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa por el término de seis (6) meses, a personas o servidores públicos que no pertenezcan a ella, mientras se surte el proceso de selección por mérito. **Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo.**”¹⁴ (Negrillas y subrayas fuera del texto).

¹²Decreto 091 de 2007.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Ibidem.

Y en lo que hace referencia a las **causales del retiro del servicio**, se indica:

“ARTÍCULO 57. Causales de retiro. Además de las causales de retiro previstas en la Constitución Política y en las disposiciones legales aplicables al personal civil y no uniformado de las entidades del Sector Defensa, los funcionarios del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, serán retirados de la Carrera y por lo tanto del servicio, cuando obtuvieren una evaluación y/o calificación definitiva insatisfactoria.

No será necesaria la autorización judicial para retirar del servicio a los empleados civiles no uniformados del Sector Defensa amparados con fuero sindical, en los siguientes casos:

1. Cuando no superen el período de prueba.
2. Cuando los empleos provistos en provisionalidad sean convocados a concurso y el empleado que lo ocupa no participe en él.
3. Cuando los empleos provistos en provisionalidad, sean convocados a concurso y el empleado no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.”¹⁵

Los artículos 56 y 57 citados en precedencia, establecen la forma del retiro del personal civil designado en provisionalidad, destacándose que la primera norma mencionada autoriza al nominador para retirar al servidor en cualquier tiempo, si no se atienden los principios del sector que son precisamente los enunciados en el artículo 5 *ibídem*.

De las normas citadas se extrae que las razones del servicio pueden incidir en el retiro de un empleado en provisionalidad, por cuanto el propósito del sector objeto de estudio, es prestar los servicios de seguridad y defensa, con eficiencia, eficacia, celeridad y con enfoque en esa especialidad.

2.4. Control interno y obligatoriedad de calificación de servidores en provisionalidad

Como primera medida debe indicarse que el artículo 209 de la Constitución de 1991, establece:

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.”¹⁶

De acuerdo con el texto constitucional la administración pública debe estar enfocada a cumplimiento de los fines del Estado y ello conduce a que todas las entidades públicas, establezcan una organización interna de tal suerte que les

¹⁵ Ejudesdem.

¹⁶ Constitución de 1991.

permita prestar el servicio público de manera eficiente y eficaz. Al respecto la Corte Constitucional ha indicado:

“9- La doctrina jurídica ha tenido muchas dificultades para precisar qué se entiende por función administrativa por dos razones básicas. De un lado, por cuanto no es fácil diferenciarla de las otras tareas clásicas del Estado, a saber de la legislación y, en especial, de la función judicial con la cual comparte muchos rasgos. Por ejemplo, un autor de la talla de Kelsen -y en este punto es seguido por muchos otros doctrinantes-, ha sostenido que no existe materialmente ninguna diferencia entre la labor administrativa y la labor judicial pues ambas son la producción de una norma singular (sentencia o decisión administrativa) dentro del marco de posibilidades establecido por una norma general (ley). Para Kelsen, la diferencia entre la administración y la jurisdicción tiene razones históricas y no conceptuales, y se relaciona más con la naturaleza de los órganos que ejecutan el derecho: la aplicación es administrativa si es desarrollada por funcionarios jerárquicamente organizados, mientras que es judicial si los aplicadores gozan de independencia funcional. Así las cosas, según estas corrientes, la única diferencia material que se puede establecer es entre la legislación, que consiste en crear normas generales y abstractas, y la ejecución, que produce normas individuales dentro de los marcos permitidos por la norma general. Por ello Kelsen concluye que la función administrativa sólo puede definirse residualmente, esto es, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción.

*Otros autores no comparten esos criterios pues consideran que es posible establecer criterios materiales para determinar el significado de la función administrativa y diferenciarla de las labores jurisdiccionales¹⁷. Según estas corrientes, mientras los jueces resuelven esencialmente controversias y conflictos con base en una estricta aplicación de la ley, **la función propiamente administrativa se relaciona con las diversas labores de ejecución que, específicamente, desarrolla la rama ejecutiva para el cumplimiento de sus fines, para lo cual se reconoce un margen de discreción al funcionario administrativo, quien puede entonces apreciar la conveniencia y oportunidad de la medida que toma.** Habría pues una especificidad material de la función administrativa. Pero incluso para quienes aceptan esta opinión, subsisten muchas dudas y controversias pues estas labores son muy amplias y complejas, por lo cual la doctrina suele diferenciar entre diversas formas de la actividad administrativa¹⁸. Una de las clasificaciones más usuales distingue tres grandes órbitas, que son, de un lado la policía administrativa o actividad de limitación de derechos para garantizar el orden público; de otro lado, las labores de prestación o de servicio público, en virtud de las cuáles la Administración suministra directamente prestaciones a los particulares; y, finalmente, las labores de fomento de determinadas actividades de los particulares, por medio de incentivos o premios. Algunos consideran que esa clasificación es insuficiente, pues es necesario agregar otras formas de actividad administrativa, como pueden ser las potestades sancionadoras de la administración, la actividad industrial y comercial de algunos entes estatales o las labores de planificación.*

*Ahora bien, independientemente de la validez doctrinaria de las anteriores distinciones, que obviamente no corresponde a la Corte definir, esta presentación es ilustrativa de lo que podríamos denominar **la función administrativa activa**, por medio de la cual un órgano busca realizar el derecho y cumplir sus fines y cometidos. Es pues una labor en donde los servidores públicos deciden y ejecutan, por lo cual la doctrina suele señalar que al lado de esa administración activa existe **una administración pasiva o de control**, cuya tarea no es ejecutar acciones*

¹⁷ Sobre estos criterios, ver entre otros, Juan Francisco Linares. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, 1986, pp 149 y ss.

¹⁸ Al respecto ver, entre otros, Ramón Parada. Derecho Administrativo. Madrid, Marcial Pons, 1991, Tomo I, Capítulo XI. José Bermejo Vega. Derecho Administrativo. Parte especial. Madrid: Civitas, 1994, capítulo 1º.

*administrativa sino verificar la legalidad, en ciertos casos, la eficacia y eficiencia de gestión de la Administración activa*¹⁹.

*Esta función administrativa activa es esencial y propia de la rama ejecutiva, pero no es exclusiva de ella, pues en los otros órganos del Estado también es necesario que los servidores públicos adelanten actividades de ejecución para que la entidad pueda cumplir sus fines. **Así, los jueces y congresistas deben nombrar subalternos y ordenar gasto, que son labores típicas de ejecución administrativa.*** ²⁰

La jurisprudencia citada ilustra los alcances de la función administrativa distinguiendo entre la **activa**, que se caracteriza por ejecutar acciones administrativas tendientes a alcanzar los fines del Estado y la **pasiva**, que revisa los procesos que se adelantan al interior de la entidad.

Dentro de las acciones administrativas, se encuentra la administración del personal de la entidad, lo que implica su nombramiento y eventual remoción, evaluación, capacitación, etc.

En efecto, Colombia ha adoptado un control sobre los procesos que se adelantan al interior de la entidad, para garantizar la eficacia y eficiencia en la gestión de la misma y a partir de la Ley 87 de 1993²¹, se desarrolló un sistema de control interno al interior de las entidades públicas, que se define y tiene como objetivos los siguientes:

“ARTÍCULO 1o. DEFINICIÓN DEL CONTROL INTERNO. Se entiende por control interno el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos.

El ejercicio del control interno debe consultar los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales. En consecuencia, deberá concebirse y organizarse de tal manera que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos existentes en la entidad, y en particular de las asignadas a aquellos que tengan responsabilidad del mando.

PARÁGRAFO. El control interno se expresará a través de las políticas aprobadas por los niveles de dirección y administración de las respectivas entidades y se cumplirá en toda la escala de la estructura administrativa, mediante la elaboración y aplicación de técnicas de dirección, verificación y evaluación de regulaciones administrativas, de manuales de funciones y procedimientos, de sistemas de información y de programas de selección, inducción y capacitación de personal.

ARTÍCULO 2o. OBJETIVOS DEL SISTEMA DE CONTROL INTERNO. Atendiendo los principios constitucionales que debe caracterizar la administración pública, el diseño y el desarrollo del Sistema de Control Interno se orientará al logro de los siguientes objetivos fundamentales:

¹⁹ Sobre esta distinción, ver José Roberto Dromi. Instituciones de derecho administrativo. Buenos Aires: Astrea, 1983, pp 170 y ss. Ver igualmente Juan Francisco Lináres. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Astrea, 1986, pp 179 y ss.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-189 de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Alejandro Martínez Caballero. Las citas 17 a 19 corresponden al texto jurisprudencial citado.

²¹ “Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”.

- a) Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que los afecten;
- b) Garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones, promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional;
- c) Velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad;
- d) Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional;
- e) Asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros;
- f) Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos;
- g) Garantizar que el sistema de control Interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación;
- h) Velar porque la entidad disponga de procesos de planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características;

ARTÍCULO 3o. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL INTERNO. Son características del Control Interno las siguientes:

- a) El Sistema de Control Interno forma parte integrante de los sistemas contables, financieros, de planeación, de información y operacionales de la respectiva entidad;
- b) Corresponde a la máxima autoridad del organismo o entidad, la responsabilidad de establecer, mantener y perfeccionar el Sistema de Control Interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización;
- c) En cada área de la organización, el funcionario encargado de dirigirla es responsable por el control interno ante su jefe inmediato de acuerdo con los niveles de autoridad establecidos en cada entidad;
- d) La Unidad de Control Interno, o quien haga sus veces, es la encargada de evaluar en forma independiente el Sistema de Control Interno de la entidad y proponer al representante legal del respectivo organismo las recomendaciones para mejorarlo;
- e) Todas las transacciones de las entidades deberán registrarse en forma exacta, veraz y oportuna, de forma tal que permita preparar informes operativos, administrativos y financieros.”²²

Por su parte la Ley 489 de 1998²³, sobre los principios de la función pública y el control interno indicó:

“ARTICULO 3o. PRINCIPIOS DE LA FUNCION ADMINISTRATIVA. La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y

²² Ley 87 de 1993.

²³ "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."

transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen.

PARAGRAFO. Los principios de la función administrativa deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.
(...)

ARTICULO 27. CREACION. Créase el Sistema Nacional de Control Interno, conformado por el conjunto de instituciones, instancias de participación, políticas, normas, procedimientos, recursos, planes, programas, proyectos, metodologías, sistemas de información, y tecnología aplicable, inspirado en los principios constitucionales de la función administrativa cuyo sustento fundamental es el servidor público.

ARTICULO 28. OBJETO. El Sistema Nacional de Control Interno tiene por objeto integrar en forma armónica, dinámica, efectiva, flexible y suficiente, el funcionamiento del control interno de las instituciones públicas, para que, mediante la aplicación de instrumentos idóneos de gerencia, fortalezcan el cumplimiento cabal y oportuno de las funciones del Estado.

ARTICULO 29. DIRECCION Y COORDINACION. El Sistema Nacional de Control Interno, de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional, será dirigido por el Presidente de la República como máxima autoridad administrativa y será apoyado y coordinado por el Consejo Asesor del Gobierno Nacional en materia de control interno de las entidades del orden nacional, el cual será presidido por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública.

PARAGRAFO 1o. Las normas del presente Capítulo serán aplicables, en lo pertinente, a las entidades autónomas y territoriales o sujetas a regímenes especiales en virtud de mandato constitucional.

PARAGRAFO 2º. Las unidades u oficinas que ejercen las funciones de control disciplinario interno de que trata el artículo 48 de la Ley 200 de 1995 no hacen parte del Sistema de Control Interno.”

Por su parte la Ley 872 de 2003 "Por la cual se crea el sistema de gestión de la calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios", estableció el Sistema de Gestión de Calidad de la rama Ejecutiva, que exige el diseño de controles de desempeño, para mejorar la calidad en la prestación del servicio.

En desarrollo del artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018” se expidió el Decreto 1499 de 2017, que tuvo como finalidad reglamentar el alcance del Sistema de Gestión y su articulación con el Sistema de Control Interno, de tal manera que permita el fortalecimiento de los mecanismos, métodos y procedimientos de gestión y control al interior de los organismos y entidades del Estado.

Por su parte la jurisprudencia²⁴ ha interpretado que a partir de los artículos 125 de la Constitución de 1991, artículos 2º y 41 de la Ley 909 de 2004, artículos 2.2.5.3.4.y

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2022, con ponencia del Consejero Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2019-00273-00.

2.2.8.1.1. del Decreto 1083 de 2015²⁵, puede calificarse a los empleados nombrados en provisionalidad, pero estableciendo previamente unos parámetros de evaluación distintos a los empleados de carrera, atendiendo la situación de estabilidad de unos y otros y para mayor objetividad en el retiro. Al respecto el Consejo de Estado, ha precisado lo siguiente:

“Es cierto que el legislador en la Ley 909 de 2004, se ocupó principalmente de regular la evaluación de desempeño laboral de los empleados inscritos en carrera administrativa y en periodo de prueba (artículos 37 a 40). Esta normativa señala que el desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa debe ser evaluado y calificado con base en parámetros previamente establecidos por la CNSC y en función con las metas institucionales. Establece que las evaluaciones de desempeño de estos empleados deben tenerse en cuenta no solo para determinar la permanencia en el servicio, sino también para otorgar incentivos económicos o conceder otro tipo de beneficios. Asimismo, indica la periodicidad para la evaluación del desempeño, entre otros aspectos generales.

El Decreto 1083 de 2015 y el Acuerdo 6176 del 2018, expedido por la CNSC reglamentaron todo lo relacionado con la evaluación del desempeño de los empleados públicos de carrera administrativa y de los que se encuentren en período de prueba.

Pero, la Ley 909 de 2004 también hizo referencia al retiro del servicio público de los empleados temporales por calificación insatisfactoria del desempeño laboral, aunque se abstuvo de reglamentar el instrumento de evaluación o medición, en los siguientes términos (artículo 21):

[...] El nombramiento en los empleos temporales se efectuará mediante acto administrativo en el que se indicará el término de su duración, al vencimiento del cual quien lo ocupe quedará retirado del servicio automáticamente. Sin embargo, antes de cumplirse dicho término, el nominador en ejercicio de la facultad nominadora podrá declarar la insubsistencia del nombramiento, cuando el servidor no cumpla las metas del proyecto o actividades que dieron lugar a la creación de los mismos, de acuerdo con la evaluación que se establezca para el efecto y mediante acto administrativo motivado; o darlo por terminado, cuando no se cuente con las disponibilidades y apropiaciones para financiar el empleo de carácter temporal, como consecuencia de los ajustes a los montos aprobados para su financiación. [...] (Negritas de la Sala).

De lo anterior, se concluye que la Ley 909 de 2004, por un lado, reguló de forma parcial la evaluación de desempeño laboral de los empleados de carrera administrativa, pues dejó en manos de la CNSC y de las entidades su implementación. Y, por otro lado, en relación con los empleados temporales y demás empleados públicos, hizo mención en sus artículos 21 y 2, respectivamente, a la posibilidad de implementar los instrumentos de evaluación para determinar su permanencia o retiro del servicio público y las responsabilidades por el trabajo desarrollado.

Desde luego, la reglamentación del sistema de evaluación de desempeño de los empleados de carrera administrativa, de la forma como está concebida, no puede extenderse en su totalidad a los empleados nombrados en provisionalidad, entre otras cosas, porque la evaluación de los provisionales no puede ocasionar ningún derecho de carrera ni el fuero de estabilidad otorgado a los empleados de carrera, pues su permanencia está condicionada no solo al buen desempeño del empleado, sino a que no exista una lista de elegibles vigente para proveer los cargos.”²⁶

²⁵ “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.”

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 4 de agosto de 2022, con ponencia del Consejero Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2019-00273-00.

Así entonces, la necesidad de establecer mecanismos de medición de metas y objetivos propuestos por la entidad pública que se trate, conlleva a que exista una reglamentación propia de la evaluación de los empleados nombrados en provisionalidad, que puede también constituir un fundamento para el retiro del servicio, no obstante, la calificación satisfactoria no otorga derecho de carrera ni fuero de estabilidad en el empleo, pues el buen desempeño o la lista de elegibles como lo indica la Alta Corporación citada, solo constituyen argumentos objetivos para el retiro del servicio.

3. Caso concreto

Como primera medida debe indicarse que se encuentra probado que la señora Angie Julieth Rodríguez Jiménez, se vinculó al Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, como empleada civil en provisionalidad en el cargo de **“Auxiliar de Seguridad y Defensa, código 6.1., Grado 11”**, desde el 19 de noviembre de 2012²⁷ empleo en el que permaneció hasta el 18 de julio de 2018²⁸, cuando fue desvinculada a través de la Resolución No. 03588 del 6 de julio de 2018, expedida por la Dirección General de la Policía Nacional.

La parte demandante ataca la legalidad de la Resolución No. 03588 del 6 de julio de 2018 por considerar que adolece de (i) violación de las normas en las que debe fundarse (ii) violación del derecho de audiencia y defensa y (iii) desviación de poder, por lo que se analizará la controversia de cara a los reparos formulados.

3.1. Sobre el presunto desconocimiento de las normas en las que debía fundarse la decisión

La parte demandante asegura que el acto administrativo demandado vulneró el artículo 125 de la Constitución de 1991, ya que el retiro del servicio de un servidor que ocupa un cargo de carrera, sólo es procedente *“...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...”*²⁹.

Del argumento planteado se desprende que la parte demandante enfoca este cargo de nulidad, en el hecho de que la entidad demandada no dio aplicación a lo regulado en la Ley 87 de 1993, en cuanto al desarrollo de los parámetros de control interno que establece esa normativa y también en armonía con lo dispuesto en la Ley 909 de 2004, sobre la evaluación de desempeño en el sentido que debe calificarse a todos los servidores de la entidad, sin distinción y para satisfacer los principios de la función pública.

Para resolver debe indicarse, que el fundamento legal expuesto en el acto administrativo atacado es el artículo 56 del Decreto 091 de 2007 y el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1083 de 2015 y lo dispuesto acerca de la motivación de estos actos de retiro del servicio, por la Corte Constitucional en la sentencia T-007 de 2008, que indica que a los empleados públicos designados en provisionalidad sólo

²⁷ Archivo digital No. 1 página 26.

²⁸ Ibidem páginas 27 a 29.

²⁹ Ibidem página 5.

puede retirárseles del servicio “....por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio, o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P)...”³⁰.

El Despacho observa que de acuerdo con las documentales aportadas con la demanda, mediante la Resolución No. 04150 del 31 de octubre de 2012³¹ la demandante fue designada en provisionalidad en el cargo de “**Auxiliar de Seguridad y Defensa, código 6.1., Grado 11**”, por un término de tres (3) meses, cargo del que tomó posesión el 19 de noviembre de 2012, y sin que se haya acreditado la prórroga del nombramiento en los términos ordenados por el artículo 56 del Decreto 91 de 2007.

Lo anterior evidencia que el nombramiento inicialmente se produjo de manera temporal, sin embargo, al tratarse de una vacante definitiva se mantuvo en el tiempo, pues la accionante fue retirada del servicio el 18 de julio de 2018, lo que significa que su retiro se produjo atendiendo lo dispuesto en el artículo 56 antes mencionado. Al respecto el acto administrativo atacado señaló lo siguiente:

“Que mediante Resolución No. 04150 del 31 de octubre de 2012, se hizo un nombramiento provisional en la planta de personal no uniformado del Ministerio de Defensa Nacional Dirección General Policía Nacional, a la señora APA-II ANGIE JULIETH RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.030.548.892.

Que el Decreto Ley 091 de 2007 "Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera de/ Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal, define el nombramiento en provisionalidad así:

"ARTÍCULO 56. CONCEPTO. Teniendo en cuenta la especialidad de la misión de defensa y seguridad nacional del Sector Defensa, en caso de vacancia temporal o definitiva • de un empleo del Sector Defensa, el nominador o quien este haya delegado, con e) único requisito de haberse realizado previamente un estudio de seguridad al candidato, podrá nombrar en cargos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa por el término de seis (6) meses, a personas o servidores públicos que no pertenezcan a ella, mientras se surte el proceso de selección por mérito. Igualmente en desarrollo del mismo principio, estos funcionarios podrán ser removidos en cualquier tiempo." (Subrayado fuera de texto).

Que el Decreto 1083 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública", en el artículo 2.2.5.3.4 establece:

"Terminación de encargo y nombramiento provisional. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados"

Que la Corte Constitucional en Sentencia T-007 de 2008, señaló:

“4. La necesidad de motivación del acto de desvinculación del funcionario nombrado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa, a la luz de la jurisprudencia constitucional.

4.1. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia constitucional en la materia, el retiro de funcionarios que ocupan cargos de carrera -nombrados en

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-007 de 2008, con ponencia del Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

³¹ Archivo digital No. 1 páginas 24 a 25.

provisionalidad- exige de la Administración la motivación del acto administrativo de desvinculación correspondiente so pena de violar el debido proceso del funcionario, y en especial, su derecho de defensa. No expresar esas razones hace imposible para un funcionario en tales condiciones, controvertir el fundamento de su desvinculación por vía judicial. De esta manera, el tratamiento que se les debe dar a estas personas al momento de su desvinculación no es el de funcionarios de libre nombramiento y remoción, - por la naturaleza del cargo-, Sino el de funcionarios con protección respecto de las razones de su desvinculación. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha hecho las siguientes consideraciones:

(...)

(c) La Corte reconoce que no existe para los funcionarios que ocupan cargos de carrera administrativa en provisionalidad, un fuero de estabilidad como el que le corresponde a quienes están debidamente inscritos en carrera administrativa y han sido elegidos mediante concurso. Sin embargo esta Corporación estima que para los primeros existe "un cierto grado de protección", que consiste en la posibilidad de no ser removidos del empleo que ocupan, sino por causas disciplinarias, baja calificación en las funciones, razones expresas atinentes al servicio • o por designación por concurso de quien ganó la plaza, conforme a la regla constitucional general relativa con la provisión de los empleos de carrera (Art. 125 C.P). Así, los actos que deciden la desvinculación de los servidores en provisionalidad, deben contener las razones del servicio por las cuáles se separa a un funcionario del cargo (...)” (Subrayado fuera de texto).

Que la funcionaria durante su permanencia en la institución ha presentado incumplimiento en las funciones asignadas y comportamientos que van en contra de la dignidad de sus compañeros de trabajo, afectando la funcionalidad y dinámica institucional.

Que mediante comunicación oficial No. S-2015-198552-DIPON del 10 de julio de 2015, la señora Intendente Sirley Juanita Panqueba Goyeneche, sustanciadora del Grupo de Orientación e Información del Área de Prestaciones Sociales, informa la novedad relacionada con la citada funcionaria, quien presenta manifestaciones agresivas al solicitarle información sobre la radicación y manejo de una documentación, afectando la armonía y ejecución de los procedimientos que se realizan en la institución.

Que mediante comunicación oficial No. S-2017-015508-SEGEN, la señora Intendente Luz Mery Vega Carvajal, Sustanciadora del Grupo de Pensiones, informa que en varias ocasiones se han realizado llamados de atención verbal a la funcionaria por diferentes motivos, quien responde con expresiones groseras y descortesas afectando las relaciones personales entre los compañeros de trabajo.

Que mediante comunicación oficial No. S., 2018-012350-ARPRE-GRUPE del 06 de marzo de 2018, la señora Intendente Luz Mery Vega Carvajal, Jefe Grupo Pensionados, informa la novedad presentada con la funcionaria en mención, quien tiene la responsabilidad de radicar en el Gestor de Contenidos Policiales (GEC.OP), las respuestas de los derechos de petición que sustentan los funcionarios del grupo, encontrado en visita de verificación, 200 documentos sin evidencia de respuesta o salida, vulnerando derechos fundamentales a terceros.

Que en aplicación de los principios de eficiencias y celeridad en la administración pública, se realiza la provisión transitoria de un empleo de carrera mediante nombramiento provisional, como medio excepcional, con el fin de solucionar las necesidades del servicio y evitar paralizar el ejercicio de las funciones públicas, mientras se realiza el concurso público de méritos para proveer estas vacantes de manera definitiva y en tal sentido, se requiere que el servidor público nombrado en provisionalidad sea eficiente en la prestación del servicio y de esta manera no generar traumatismos en los procesos, premisa que no se cumple con la señora APA-

*II ANGIE JULIETH RODRÍGUEZ JIMENEZ, quien ha presentado inconvenientes tanto comportamentales como funcionales, que finalmente trascienden en los procedimientos a su cargo.*³²

Ahora bien, analizado el contenido del acto administrativo atacado, se advierte que encuentra fundamento en tres informes a saber: i) comunicación No. S-2015-198552-DIPON del 10 de julio de 2015 firmado por la Intendente Sirley Juanita Panqueba Goyeneche, en el que resalta manifestaciones agresivas cuando se le requiere para el cumplimiento de funciones; ii) informe No. S-2017-015508-SEGEN de la Intendente Luz Mery Vega Carvajal Jefe del Grupo de Pensionados, quien resalta llamados de atención verbal a la accionante por diversas razones quien responde a los mismos de manera descortés y grosera y iii) el informe S-2018-012350-ARPRE-GRUPE del 6 de marzo de 2018, firmado por la misma Intendente Jefe del Grupo de Pensionados en el que se advierte que se encontraron más de 200 documentos sin tramitar³³.

Significa lo anterior, que el retiro de la accionante se fundó en que la entidad demandada evidenció actitudes irrespetuosas mostradas por ella en dos ocasiones cuando se le requirió para el cumplimiento adecuado de sus funciones, conductas que si bien cuentan con una fecha alejada a la de retiro del servicio, (la primera del 2015 y la segunda se presume del 2017, pues el acto administrativo de retiro no refiere la fecha de ese informe), no puede perderse de vista que aluden a la correcta prestación del servicio y a la posibilidad de corrección a futuro por parte de la demandante y que según el texto citado no se deduce que hayan sido superadas. Así mismo, resulta de gran relevancia el argumento expuesto en el acto de retiro relativo a la inspección el puesto de trabajo que produjo un hallazgo de más de **200** documentos correspondientes a respuestas a derechos de petición elevados por terceros de los que no se radicó salida, lo que en efecto compromete la debida prestación del servicio y afecta la responsabilidad de la entidad demandada si se tiene en cuenta que se trata de una omisión que puede derivar en la interposición de acciones de tutela, medios de control contencioso administrativo e investigaciones disciplinarias o incluso fiscales.

Como prueba del hallazgo antes mencionado, se aportó al expediente copia del último informe a que se hizo referencia donde se precisa que la inspección al puesto de trabajo ocurrió el 5 de marzo de 2008 y que ante la evidencia encontrada se designó a la también empleada civil María Camila del Río, para que procediera a la radicación y se requería de parte de la aquí demandante que facilitara el usuario y contraseña para efectuar la radicación, petición que fue respondida de manera soez por dicha servidora³⁴.

De lo expuesto se advierte que las afirmaciones realizadas en el acto de retiro encuentran sustento probatorio en lo que alude a los requerimientos para el cumplimiento de las funciones que se realizó a la demandante y al represamiento del trabajo a su cargo, hechos que van en contra de la debida prestación del servicio público y comprometen la responsabilidad de la entidad, lo que implica que el acto administrativo se ajustó a las previsiones del artículo 56 del Decreto 91

³² Archivo digital No. 11.1 páginas 196 a 198.

³³ Ibidem páginas 27 a 29.

³⁴ Archivo digital No. 1 páginas 41 a 42.

de 2007, pues como se expuso en precedencia es una norma que hace referencia a la posibilidad del retiro de un empleado designado en provisionalidad en cualquier tiempo cuando afecte la debida prestación del servicio, y para este caso específico el principio de eficiencia.

Por otra parte, en lo que toca al reparo atinente a que la accionante no fue retirada con fundamento en una calificación de servicios, debe decirse que el Decreto 091 de 2007 estatuto especial de carrera del sector defensa, refiere en su artículo 31 que el sistema de evaluación y clasificación se encuentra previsto para los servidores que pertenezcan a la carrera administrativa y ello encuentra justificación con el hecho de que aquellas personas que por mérito se vincularon al sector defensa, obtienen un grado de estabilidad mucho mayor que aquellos que se encuentran en provisionalidad, pues los empleados en esta condición están supeditados a ser desvinculados cuando sea designado en el cargo respectivo quien se encuentre en una lista de elegibles.

Cabe reiterar, que esta jurisdicción ha reconocido que es procedente la calificación de empleados en provisionalidad, bajo los siguientes parámetros:

“...Dicho desequilibrio se concreta, de una parte, en que la Fiscalía General de la Nación termina por asumir que con el hecho de adelantar y proferir la calificación del servicio de los empleados vinculados mediante nombramiento en provisionalidad ha observado completamente el mandato constitucional y legal de proveer todos sus cargos mediante concurso de méritos, y que por lo tanto, dicha obligación se encuentra completamente satisfecha; mientras que, por otra parte, el funcionario provisional que ha sido calificado en su desempeño, termina considerando que dicho ejercicio le ha mejorado de alguna manera su “status” de estabilidad, conllevando en uno y otro caso a una distorsión perversa del sistema de mérito como principio general de acceso a los cargos públicos.

El hecho de que la resolución, tal como se dijo, plantea una apariencia de legalidad, no la exime del control riguroso de legalidad que debe realizar el juez contencioso administrativo, todo lo contrario; pues se ha advertido que las disposiciones en ella contenidas generan una nueva realidad, un estado de cosas contrarias a Derecho, por cuanto que jamás será posible que la Fiscalía se releve, o acaso postergue de manera indefinida, su obligación de proveer de manera pronta y oportuna los cargos vacantes mediante el sistema de concurso, como tampoco será jurídicamente posible el que los empleados vinculados mediante provisionalidad obtengan la estabilidad propia de los cargos de carrera, muy a pesar de que sus calificaciones del servicio resultaren excelsas y sobresalientes, o que sus cargos no fueren proveídos mediante concurso de manera inmediata o futura.

También resulta plausible señalar que, tal como lo sostiene el Ministerio Público, adelantar un proceso de evaluación del servicio prestado por las personas nombradas en provisionalidad conlleva a un despilfarro de recursos materiales, humanos y presupuestales, sin sustento ni razón de ser, dado el carácter temporal de tales vinculaciones; atentando, de contera, contra los principios de eficiencia y eficacia, como con los valores que orientan la función administrativa, tales como la buena fe, la igualdad, la responsabilidad y la transparencia.

En ese mismo sentido, frente al concepto de buen servicio, también es imperioso mencionar que la evaluación del desempeño de los funcionarios nombrados en provisionalidad al servicio de la Fiscalía General de la Nación carece de trascendencia para la vida administrativa y la gobernanza de la Entidad, lo cual reafirma el carácter de ineficiente e ineficaz de dicho proceso; toda vez que a la luz del artículo 3 del acto demandado¹⁸, no es posible motivar una eventual

declaratoria de insubsistencia de un nombramiento en provisionalidad cuando quiera que la calificación del servicio arrojaré como resultado el de “insuficiente”; o todo lo contrario, sería posible declarar insubsistente el nombramiento de quien haya obtenido una calificación “sobresaliente”.

En efecto, si el resultado de la evaluación del desempeño de los servidores vinculados en provisionalidad “no se opone”, como dice el mencionado artículo 3 de la Resolución 02457 de 2016; es decir, no es tenido en cuenta, para que el nominador declare la insubsistencia del nombramiento “por razones del servicio”, debe forzosamente concluirse que el proceso de calificación no solamente es inane sino que va en contravía de los fines para los cuales se ha instituido el proceso de evaluación del desempeño en la carrera administrativa, cual es mejorar el servicio y garantizar la permanencia y estabilidad en el empleo.

Recabando, en la medida en que la Resolución 2457 de 2016 hace extensivos los mecanismos, parámetros e instrumentos previstos para la evaluación del desempeño y del servicio de los funcionarios vinculados mediante carrera administrativa y en periodo de prueba a aquellos nombrados en provisionalidad, vulnera ostensiblemente el derecho de igualdad, antes que garantizarlo, como lo dice en el cuerpo mismo de su articulado; lo que ocurre cuando quiera que se equipara a todos los funcionarios de la Entidad en condiciones y responsabilidades, sin otorgar los mismos beneficios, pues es claro que la estabilidad propia de la carrera administrativa no es ni será predicable para quien ocupa el cargo en provisionalidad; propiciando también un desequilibrio en las cargas públicas imputable a la Fiscalía General de la Nación y a sus servidores públicos, quien teniendo el deber jurídico de proveer la totalidad de sus cargos mediante el sistema de concurso no lo hace, bajo el amparo de un sistema de calificación del servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad, cuya reglamentación legítima en apariencia su proceder. Razón por la cual el cargo estará llamado a prosperar y el acto administrativo compelido a perder su presunción de legalidad.

Finalmente, el Consejo de Estado llama la atención en el sentido de precisar que la declaratoria de nulidad que se dictará mediante este acto administrativo no implica que el hecho mismo de calificar el servicio de los funcionarios nombrados en provisionalidad al interior de la Fiscalía General de la Nación sea contrario a derecho, toda vez que lo que jurídicamente se reprocha es que dicha calificación se realice equiparando a este tipo de funcionarios con los de carrera mediante la aplicación de los mismos criterios, parámetros, instrumentos y mecanismos que para medir su desempeño se utilizan, desnaturalizando por ende la razón de ser de unos y otros.”³⁵

Como se desprende de las citas jurisprudenciales, es procedente que exista un sistema de evaluación del personal que se encuentra vinculado en provisionalidad, sin embargo, se requiere de una regulación puntual de dicho aspecto que no es equiparable a la evaluación de desempeño para los empleados de carrera administrativa, reglamentación que en este caso se echa de menos, es decir, no ha sido expedida por el Ministerio de Defensa Nacional por cuanto como se ha indicado se trata de un sistema de carrera especial y en las normas citadas en precedencia, no aparece descrita la forma de evaluación del personal vinculado en provisionalidad.

Es del caso precisar, que lo que se pretende con que este tipo de evaluaciones es que las entidades cuenten con sistemas de medición para el cumplimiento de los principios de eficacia y eficiencia y surgen como una necesidad, a partir del

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 24 de abril de 2020, con ponencia del Consejero Dr. César Palomino Cortés dentro del expediente No. 11001-03-25-000-2017-00281-00.

artículo 133 de la Ley 1753 de 2015 y el Decreto 1499 de 2017, disposiciones en las que se ordenan mecanismos de control y medición al interior de la entidad y particularmente, este último señala que debe aplicarse en los sistemas de gestión el Modelo Integrado de Planeación y Gestión-MIPG-, en aras de que cada servidor atienda los deberes y alcance las metas que se le han propuesto.

Así como lo señala la parte aquí demandante, lo regulado en la Ley 87 de 1993 y los artículos 27 a 28 de la Ley 489 de 1998, en armonía con la normativa antes anotada, como sistemas de medición las entidades deben adoptar sistemas de evaluación, en este caso de empleados provisionales, que sean acordes con las metas asignadas y sin dejar de lado el carácter temporal de su designación, pues como bien lo señala la Alta Corporación, las calificaciones sobresalientes no le otorgan mayor estabilidad a un servidor vinculado en provisionalidad, y aunque se dispone que la calificación puede constituir fundamento para el retiro, se insiste en que se debe contar con la reglamentación respectiva y más tratándose de la administración de una planta de personal que cuenta con un sistema de carrera administrativa especial en el que se regula la provisión temporal de cargos vacantes mientras se surte el concurso respectivo. En consecuencia, como en el presente caso no se advierte que para el año 2018, la entidad demandada contara con un sistema de evaluación de su personal en provisionalidad, no se puede exigir tal requisito en materia de desvinculación de la demandante³⁶.

En suma, el Despacho estima que no era obligación de la entidad demandada motivar el retiro del servicio con el resultado de la evaluación del último período, como se reclama en la demanda, pues no existe norma que lo ordene de manera expresa, tampoco una reglamentación especial de este aspecto, a lo que se suma que el retiro sí está motivado en razones propias del servicio y se encuentra sustentado normativamente como se ha expuesto. Por consiguiente, las razones que sustentan la causal de nulidad de infracción normativa, no se consideran de recibo y serán desestimadas por el Despacho.

3.2. Desconocimiento del derecho fundamental de audiencia y defensa.

La demandante alega que la entidad demandada no desvirtuó su presunción de inocencia, pues no esperó a que existiera una decisión disciplinaria para proceder al retiro del servicio y por lo tanto, con esta decisión se desconoció el debido proceso.

Al respecto debe indicarse que el retiro de los servidores públicos puede estar sustentado (i) en la facultad de administración de personal asignada a los nominadores de las entidades, que les permite resolver situaciones administrativas del personal a cargo y (ii) el retiro derivado de una decisión disciplinaria que así lo impone, sin embargo, debe tenerse en cuenta que se trata de causales de retiro que por disposición legal son completamente autónomas y en tal medida, no puede afirmarse que existe una obligación de aplicarlas de manera inescindible.

³⁶ Archivo digital No. 14.

Por lo tanto, la entidad no estaba sujeta a la expedición de una providencia de carácter disciplinario en la que se acreditara la comisión de alguna falta, para adoptar la decisión de retiro, pues como quedó expuesto, la única obligación que imponía la norma, era proferir un acto debidamente motivado, lo que se corroboró en el presente caso donde la entidad acudió al presupuesto contemplado en el artículo 56 del Decreto 91 de 2007.

Así entonces, el retiro en los términos del presente caso obedece a una medida administrativa, autónoma e independiente de cualquier actuación, es decir, no se trata de una medida correctiva y sancionatoria como si ocurre con el proceso disciplinario, por lo que no puede exigirse a la entidad que desvirtué previamente la presunción de inocencia, porque la terminación del nombramiento pretende mejorar la prestación del servicio y no castigar personalmente al servidor que no atiende oportunamente sus funciones. Por consiguiente, este cargo de nulidad tampoco encuentra vocación de prosperidad.

3.3. Desviación de poder

En torno al cargo de nulidad por la causal de desviación de poder el Consejo de Estado, ha precisado que consiste "*...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.*"³⁷.

Esta causal es más exigente en materia probatoria, pues requiere demostrar el factor subjetivo que incidió en la determinación adoptada por el nominador que se apartó del propósito fundamental de mejorar constantemente el servicio. Sobre este aspecto el Consejo de Estado ha precisado:

"La mencionada causal de nulidad ha sido definida por la doctrina de la siguiente manera:

«Se refiere a la intención con la cual la autoridad toma una decisión. Consiste, por tanto, en que una autoridad dicta un acto para el cual la ley le ha otorgado competencia, pero lo expide persiguiendo un fin diferente del previsto por el legislador al otorgarla o, como dice el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, "con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que lo profirió".

Esta finalidad que se ha propuesto el legislador al otorgar una competencia es, en primer lugar, el interés general. De este modo, si una autoridad dicta un acto utilizando una competencia que la ley le ha otorgado, pero persiguiendo una finalidad extraña al interés general, como sería una finalidad personal de tipo económico, partidista o ideológico, ese acto sería ilegal por desviación de poder. Por ejemplo, el alcalde de una ciudad expide una reglamentación sobre el funcionamiento de las salas de cine en su municipio, para lo cual puede estar autorizado legalmente, pero se logra probar que dicha reglamentación tiene por finalidad favorecer a una sala de cine en particular, en la cual él tiene intereses económicos.

37 Consejo de Estado-Sección Segunda, Sentencia del 25 de noviembre de 2021 con ponencia del Consejero Dr. William Hernández Gómez dentro del expediente No. 19001-23-33-000-2016-00338-01 (1931-20).

En segundo lugar, el legislador puede haber previsto, ya sea expresa o tácitamente, una finalidad particular para el ejercicio de una competencia, caso en el cual si el funcionario busca otra finalidad, así sea esta última de interés general, el acto será ilegal. Por ejemplo, una ley reguladora de una contribución puede prever una exención para algún grupo determinado de personas, con la finalidad de estimular la actividad que desarrollan estas últimas. En este caso, frente a la finalidad particular o concreta del legislador respecto de la exención, la autoridad administrativa encargada de hacer efectiva la contribución no podría pretender cobrarla a las personas beneficiarias de la exención, así fuera aduciendo una finalidad de interés general, como sería la necesidad apremiante de completar los recursos para poder terminar las obras a las cuales está destinada la contribución, pues esa determinación sería ilegal por cuanto ese fin es diferente del perseguido por la norma que consagró la exención.

Esta causal de ilegalidad presenta dificultades, especialmente en lo que atañe a la prueba. En efecto, como se trata de la finalidad, del móvil con el cual se expide el acto, su prueba no es fácil por cuanto se refiere a elementos psicológicos o internos de la autoridad que toma la decisión. En muchas ocasiones la norma la finalidad que debe perseguirse al utilizar esa competencia, caso en el cual será el juez quien deberá determinarla utilizando elementos accesorios, como los antecedentes de la norma»³⁸.

Por su parte, la jurisprudencia ha comprendido la desviación de poder 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 someterse³⁹.

Así mismo, ha advertido la 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 observar⁴⁰.

Como se desprende de lo anterior, el operador judicial al analizar los medios de prueba allegados al expediente debe obtener la absoluta convicción sobre la desviación de poder alegada en la expedición del acto acusado que le permita concluir en forma razonable que la administración basó su decisión en razones diferentes a las que la ley previó para la desvinculación de la entidad, circunstancia que no aconteció en el sub lite. ⁴¹ (Negritas y subrayas del Despacho).

Aplicando la jurisprudencia traída a colación al caso concreto, se advierte que la parte demandante no hizo ningún esfuerzo probatorio dentro de este expediente para acreditar que la finalidad subjetiva del Director de la Policía Nacional al expedir acto de retiro aquí demandado, que se apartó del fin máximo de procurar

³⁸ Libardo Rodríguez Rodríguez, *Derecho administrativo general y colombiano*, 17ª ed., Bogotá, Temis, 2011, págs. 312 y 313.

³⁹ Consejo de Estado, 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.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 22 de octubre de 2020, con ponencia del Consejero Dr. Gabriel Valbuena Hernández, dentro del expediente No. 05001-23-31-000-2011-01750-01 (0307-17). **Las tres citas precedentes provienen del texto jurisprudencial citado.**

la mejora del servicio y que actuó como retaliación a una denuncia que realizó la demandante al interior de la entidad sobre acoso laboral.

Cabe señalar, que para justificar el acoso laboral, la parte demandante aportó un acta de conciliación del 28 de febrero de 2018 con fundamento en la Ley 1010 de 2006 *“Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.”*, en la que se concluyó el procedimiento determinando con una medida de mejora de las cargas laborales de la demandante consistente en *“...reasignar la responsabilidad de radicación de comunicaciones oficiales en el Grupo de Pensionados a cada productor documental, de esta manera la quejosa recibirá una mejora sustancial de su entorno laboral y por lo tanto, podrá cumplir a cabalidad con el total de responsabilidades a su cargo...”*⁴².

Quiere decir lo anterior, que el procedimiento de acoso laboral, concluyó en la etapa de conciliación, lo que no evidencia que se haya concluido responsabilidad alguna por parte del Superior denunciado y tampoco que en efecto las conductas que hubiera denunciado como acoso, hubieran ocurrido, contrario sensu, se observa que la entidad adoptó medidas tendientes a mejorar las condiciones laborales de la demandante.

También se aportó a este proceso el informe S-2018/ARPE-GRUPE 1.10 del 6 de marzo de 2018⁴³, signado por la Intendente Jefe Luz Mery Vega Carvajal Jefe del Grupo de Pensionados, que sirvió de fundamento para el acto de insubsistencia, donde se encontró la mora en el trámite de 200 solicitudes a cargo de la accionante, lo que pone en evidencia que se intentó inventariar la correspondencia a cargo de la servidora con el propósito de atender el compromiso adquirido.

Como consecuencia de lo expuesto, el Despacho considera que de la motivación del acto administrativo no se evidencia una actitud tendiente a afectar a la accionante y a afectar el servicio, por el contrario, como se explicó en consideraciones anteriores, la entidad recurrió a fundamentos objetivos y sustentados para justificar la desvinculación de la accionante.

Así las cosas, correspondía entonces a la demandante demostrar que las causales de retiro advertidas en el acto de insubsistencia no le eran atribuibles, sino que derivaron de circunstancias externas como la presunta animadversión que llevó a sus superiores a elaborar los informes que motivaron su desvinculación.

Cabe agregar que se cuenta con una prueba documental que acredita la objetividad de la actuación, como es el acta de entrega de funciones y radicación de documentación de salida, que data del 17 de noviembre de 2017 que fue signada por la accionante, y es del siguiente tenor:

*“En la ciudad de Bogotá D.C, a los (17) días del mes de Noviembre de 2017, se reunieron en la oficina del Grupo pensionados, el Capitán **MARIO RAMIREZ GOMEZ**, en calidad de jefe grupo pensionados, la señora ADS 09 **LEIDY VIVIANA ZULUAGA JARAMILLO** y la señora **APA11 ANGIE JULIETH RODRIGUEZ JIMENEZ** con el objeto de efectuar la entrega las funciones de radicación de salida.*

⁴² Archivo digital No. 1 páginas 52 a 55.

⁴³ Ibidem páginas 41 a 42.

1 . Inventario

- En radicación de salida quedando la bandeja de GECOP la suscrita con fecha 17/11/2017 en 0 documentos pendientes.
- En radicación de salida quedando en la bandeja del personal de grupo de pensionados 1138 documentos.
- Cuadro de correos electrónicos actualizado.
- Cuadro oficios entregado por estafeta actualizado.
- Archivo de Gestión Documental de radicación de salida que se encuentra actualizado, para la entrega y traslado, quedando 5 cajas listas, que contiene 22 carpetas del año 2015 al 2017.”⁴⁴

Esa acta da cuenta que el cargo de radicación de salida de correspondencia se entregó en noviembre de 2017, en **ceros**, lo que pone en evidencia que el sustento del retiro radica esencialmente, en causas objetivas que son verificables o por lo menos no fueron desvirtuadas en el trámite de este proceso.

Luego para demostrar la desviación de poder, debió acreditarse que el nominador personalmente adoptó la decisión con el propósito de causarle daño y atendiendo a razones diferentes a la mejora del servicio⁹, lo que, como quedó suficientemente explicado, no ocurrió en este caso.

Corolario de todo lo expuesto, ante la falta de prosperidad de los cargos de nulidad propuestos por la parte demandante, se negarán las pretensiones de la demanda.

4. Costas.

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas al demandante, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe. Además, porque no se encuentran demostradas en los términos del artículo 365 del C.G.P. Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley:

FALLA

- PRIMERO:** **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por los motivos y consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
- SEGUNDO:** Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.
- TERCERO:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado sin necesidad de desglose los anexos de la demanda, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

⁴⁴ Archivo digital No. 11.1 páginas 182 a 183.

CUARTO:

Se reconoce personería jurídica al Dr. **Leandro David Camargo Niño** identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.381.005 de Duitama y portadora de la tarjeta profesional No. 377.562 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la parte demandada, en los términos y para los efectos del poder aportado⁴⁵. Se destaca, que siguiendo las directrices del Consejo Superior de la Judicatura⁴⁶, se trata de un profesional del derecho que no presenta sanciones disciplinarias vigentes⁴⁷.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

⁴⁵ Archivo digital No. 20 página 5.

⁴⁶ Consejo Superior de la Judicatura-Circular PCSJC19-18 del 9 de julio de 2019.

⁴⁷ Certificado de Vigencia de la Tarjeta Profesional No. 3.234.301 del 5 de mayo de 2023.

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **56fd5f95b6190042f543690bcb5630343a97372797f866281b97632216e49345**

Documento generado en 29/05/2023 06:32:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>