



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

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

Expediente: 11001-33-35-028-2022-00378-00
Demandante: Gaby Astrid Carreño Morales¹
Demandado: Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada²
Litisconsorte: Martín Hernando Brito Sánchez³
Controversia: Reintegro nombramiento en provisionalidad

Procede el Despacho a proferir sentencia anticipada, de conformidad con el numeral 1º del artículo 42⁴ de la Ley 2080 de 2021⁵ por el cual se adiciona el artículo 182A a la Ley 1437 de 2011⁶, dentro del proceso promovido por la demandante **Gaby Astrid Carreño Morales**, 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, contra la **Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones⁷

La parte demandante, solicita:

*“(…) Primera. Que se declare la nulidad de la Resolución No. 0034917 del 02 de junio de 2022, proferida por la **NACIÓN –SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA**, por medio de la cual se retiró del servicio a la señora **GABY ASTRID CARREÑO MORALES**, en el cargo que venía ocupando en provisionalidad dentro de esta entidad como Profesional de Seguridad o Defensa Código 3-1, Grado 19 denominado OPEC 16494, desde el 04 de agosto de 1999.*

*Segunda. Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho de la señora **GABY ASTRID CARREÑO MORALES**, se condene a la **NACIÓN –SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA**, a que este sea reintegrado sin solución de continuidad y sin que se afecte su antigüedad a un cargo de igual o superior jerarquía al que venía ocupando en provisionalidad, y a reparar integralmente a la demandante por los daños y perjuicios materiales e inmateriales junto con las medidas no pecuniarias que se relacionan a continuación:*

¹ caraque@consultingandlegal.com

² notificacionesjudiciales@supervigilancia.gov.co

³ Hebrito2006@yahoo.com

⁴ “Artículo 182A. Sentencia anticipada. Se podrá dictar sentencia anticipada:

1. Antes de la audiencia inicial:

a) Cuando se trate de asuntos de puro derecho;

b) Cuando no haya que practicar pruebas;

c) Cuando solo se solicite tener como pruebas las documentales aportadas con la demanda y la contestación, y sobre ellas no se hubiese formulado tacha o desconocimiento; (...).”

⁵ Por medio de la cual se reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción.

⁶ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁷ Folios 6 a 7 del documento #2 del expediente.

Daño material

Por concepto de lucro cesante consolidado y futuro, la suma consistente en la pérdida de ingresos hasta tanto se dicte una sentencia que ponga fin a esta controversia, de acuerdo con la escala salarial, primas, bonificaciones, prestaciones, aportes a seguridad social, cesantías, intereses, y demás ventajas económicas que le asisten a la demandante según el último cargo ocupado en provisionalidad en la entidad accionada. Suma que puede ser fallada igualmente en abstracto por el juez de conocimiento.

Daño inmaterial:

*A título de daño moral, se ordene el pago de la suma de 50 S.M.L.M.V, a favor de la señora **GABY ASTRID CARREÑO MORALES**, por los daños y perjuicios experimentados por su separación legal y reglamentaria contraria a derecho de la **NACIÓN – SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA**, consistente en los sentimientos de frustración, desolación, impotencia, molestia y cualquier otra afectación a su fuero interno por esta causa.*

*A título de daño a bienes constitucionales y convencionales menoscabados a la dignidad humana; la igualdad; el buen nombre; el debido proceso; al trabajo; la seguridad social; la buena fe; el mínimo vital, entre otros, a la suma de 50 S.M.L.M.V, a favor de la señora **GABY ASTRID CARREÑO MORALES**, por los daños y perjuicios experimentados por su separación legal y reglamentaria contraria a derecho de la **NACIÓN – SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA**.*

Tercera. Se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Cuarta. La parte demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de la Contencioso Administrativo.

Quinta. La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo, aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor,
junto con los intereses a que haya lugar, desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo (...)”

2. Hechos⁸

Señala el apoderado que la señora **Gaby Astrid Carreño Morales** se inscribió al concurso que convocó la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante el Acuerdo No. CNSC-20181000002756 del 19 de julio de 2018, para proveer de manera definitiva los empleos vacantes de la planta de personal de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, identificado como proceso de selección núm. 636 de 2018.

Señala que dentro del proceso de selección se citó a pruebas para el día domingo 13 de junio de 2021, sin embargo, la demandante no se presentó a dichas pruebas, por la pandemia y el temor de contagiarse de COVID19, aunado a que para dicho momento la madre de la demandante se encontraba en delicado estado de salud y así mismo, por cuanto para la fecha del examen se encontraba vigente el Decreto Legislativo 491 de 2020 que aplazó los procesos de selección en curso mientras se mantuviera la emergencia sanitaria .

Aduce que mediante el Decreto 1754 de 2020 se reactivaron las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas en los concursos de méritos, no obstante, señala

⁸ Folios 1 a 7 del documento #2 del expediente.

que el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante auto del 6 de junio de 2022, decretó la suspensión provisional de los efectos de dicho Decreto.

Indica que la señora Gaby Astrid Carreño Morales, tiene 55 años de edad, es de estado civil soltera, es madre cabeza de familia teniendo a su cargo a su hijo Juan David Angarita Carreño de 22 años de edad quien cursa décimo semestre de medicina.

Destaca que la demandante ingresó a trabajar a la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada el 4 de agosto de 1999 con carácter provisional hasta el 30 de junio de 2022, trabajando más de 22 años en la entidad.

Arguye que mediante correo electrónico de 30 de junio de 2022 y notificado personalmente el 5 de julio de 2022, la entidad le comunicó a la demandante su desvinculación del cargo como Profesional de Seguridad o Defensa Código 3-1, Grado 19 OPEC 16494, la cual se realizó a través de la Resolución núm. 2022-34917 de 2 de junio de 2022, y que se materializó con la posesión del cargo en propiedad por parte del Señor Martín Hernando Brito Sánchez, a partir del 1º de julio de 2022.

Señala que para la fecha en que se notificó a la demandante de su desvinculación ya el Consejo de Estado había declarado la suspensión provisional del Decreto 1754 de 2020, lo cual fue omitido por la entidad demandada, pese a que operó el decaimiento o pérdida de fuerza de ejecutoria conforme lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 1437 de 2011.

Destaca que el único sustento económico de la demandante era su salario, indicando que aún cuando tiene 1.704 semanas de cotización no puede acceder a la pensión de vejez por cuanto no cumple el requisito de la edad.

3. Normas violadas y concepto de violación⁹

Señala como normas violadas el Preámbulo los Artículos 1, 2, 13, 29, 48, 53, 83, 94 y 209 de la Constitución Política y los artículos 91, 137 y 138 de la Ley 1437 de 2011.

La parte demandante desarrolla tres cargos de nulidad en contra del acto administrativo acusado los cuales sintetiza de la siguiente manera:

a. El acto acusado es incompatible con el auto del 6 de junio de 2022 proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado que suspendió el concurso de méritos que produjo el nombramiento de la persona que reemplazó a la demandante.

Señala que el acto administrativo acusado tuvo como origen un concurso de méritos basado en el artículo 125 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, el cual no desconoce, sin embargo, señala que la demandada expidió y ejecutó el acto administrativo de retiro, pese a estar plenamente enterada y notificada de la decisión adoptada por el Consejo de Estado que suspendió el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba.

⁹ Folios 7 a 10 del documento #2 del expediente.

b. El acto demandado no era exigible y debía ser revocado por la demandada como quiera que sobre el mismo operó una de las causales el decaimiento o pérdida de fuerza de ejecutoria y por lo mismo, no era ejecutable

Aduce que en virtud de la suspensión provisional decretada por el Consejo de Estado la entidad demandada debió abstenerse de darle aplicación a los efectos jurídicos del acto administrativo acusado, comoquiera que estaba incurso en la causal contenida en el numeral 1° del artículo 91 de la Ley 1437 de 2011.

Alega que el acto de retiro cuestionado supone también una violación ostensible a los derechos fundamentales de la demandante y de su hijo, desconociendo que la ex servidora es sujeto de especial protección constitucional por ser madre cabeza de familia y pre pensionada.

Señala que el acto de retiro supuso un desconocimiento de los derechos de la demandante a la igualdad, el debido proceso, el trabajo, la seguridad social, la confianza legítima, el mínimo vital, y los principios de solidaridad y pro-homine, protegidos en los artículos 1, 2, 13, 29, 48, 53, 83, 94 de la Constitución Política, atendiendo a que la entidad no tuvo en cuenta que la demandante tiene la condición de madre cabeza de familia y pre pensionada, encontrándose en una condición de vulnerabilidad y debilidad manifiesta al momento de definir su permanencia en el cargo.

4. Trámite del proceso

La demanda fue admitida mediante auto del 27 de octubre de 2022¹⁰ y se ordenó notificar al extremo pasivo, así mismo, se ordenó la vinculación del señor Martín Hernando Brito Sánchez atendiendo a que es la persona que fue nombrada en periodo de prueba por medio del acto administrativo acusado.

Así mismo, mediante el auto proferido¹¹ en la misma fecha se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional.

La notificación del auto admisorio de la demanda se realizó el 23 de noviembre de 2022.

Mediante el auto proferido el 2 de febrero de 2023¹², se negó la solicitud de medida cautelar de suspensión provisional solicitada por la demandante.

5. Contestación de la demanda

5.1 Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

Mediante escrito radicado el 27 de enero de 2023¹³, la entidad contestó la demanda, manifestando su oposición a la prosperidad de las pretensiones con carácter declaratorio y condenatorio formuladas en el escrito de demanda.

La carga argumentativa de la contestación fue presentada excepciones de mérito que fueron denominadas como: i) legalidad de la resolución 2022-34917 de 2 de junio de

¹⁰ Documento #5 del expediente.

¹¹ Documento #6 del expediente.

¹² Documento #13 del expediente.

¹³ Documento #11 del expediente.

2022; y ii) los daños y perjuicios solicitados no se encuentran determinados, probados, ni juramentados.

Señala que para la fecha en que fue expedido el acto administrativo acusado, esto es, el 2 de junio de 2022, se encontraba vigente y surtiendo efectos el Decreto 1754 de 2020, que en su artículo 2º decretó la reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de las pruebas en los procesos de selección, y, en consecuencia, la entidad basada en los principios de confianza legítima y seguridad jurídica continuó el proceso de selección correspondiente, en el cual aduce que ya contaba con derechos adquiridos y lista de elegibles, y la correspondiente posesión de la persona merecedora del cargo.

Destaca que, no es responsabilidad de la entidad que la demandante no se hubiera presentado por decisión propia a las pruebas respectivas dentro del concurso de méritos adelantado para proveer de manera definitiva el cargo de Profesional de defensa- Código 3-1, grado 19, vacante en la planta de personal de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, el cual la accionante ocupaba en provisionalidad.

Resalta que la sentencia 2021-04664 de 2022 y el auto interlocutorio 0-030-2022 proferidos por el Consejo de Estado, mediante los cuales se declaró nulo y se suspendieron los efectos del Decreto 1754 de 2020, operan únicamente desde el momento de la emisión de la providencia y hacía el futuro o ex nunc.

Por lo anterior, indica que la declaratoria de nulidad y la suspensión de los efectos del Decreto 1754 de 2020 no pueden afectar la situación jurídica que se consolidó, toda vez que para la fecha en que se expidió la providencia ya se encontraba en firme una lista de elegibles y surtiendo efectos el mencionado decreto, consolidándose el derecho en favor de la persona que superó el concurso de méritos y cuyo nombramiento en periodo de prueba trajo como consecuencia la desvinculación de la demandante al cargo que ocupaba en provisionalidad.

Arguye que aun cuando se han reconocido derechos de estabilidad laboral reforzada para ciertos grupos poblacionales (madres cabeza de familia, personas con limitaciones físicas o próximas a pensionarse), la misma no es absoluta e irrestricta por cuanto no sería procedente ordenar la permanencia de la demandante en el cargo o que la reubiquen en otro empleo, en perjuicio de quienes tienen la calidad de empleados de carrera o de quienes integran las listas de elegibles.

No obstante, indica que, de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, el fuero de estabilidad laboral reforzada para los pensionados aplica para aquellas personas que les falte por cumplir los requisitos de edad y semas de cotización, por cuanto dicho fuero tiene como finalidad garantizar que la población pueda acceder en un futuro a la prestación.

Señala que es necesario que los daños y perjuicios solicitados en la demanda se encuentren juramentados, conforme la remisión normativa a la norma procesal civil establecida en el artículo 306 del C.P.A.C.A, destacando que, si la demandante alega la materialización de un daño por parte de la entidad demandada, es necesario que este probado y cuantificado de manera clara.

De igual forma, propuso como excepción previa la de no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios.

5.2 Martín Hernando Brito Sánchez

Si bien mediante escrito del 28 de octubre de 2022¹⁴, el vinculado allegó escrito de contestación de la demanda, lo hizo en nombre propio sin acreditar su calidad de abogado, razón por la cual, mediante el auto proferido el 13 de abril de 2023, se tuvo por no contestada la demanda.

6. Excepciones previas, fijación del litigio, decreto probatorio y alegatos de conclusión

Mediante el auto proferido el 13 de abril de 2023¹⁵, en virtud de lo dispuesto en el artículo 182 A numeral 1º de la Ley 1437 de 2011 modificada por la Ley 2080 de 2021, el Despacho declaró no probada la excepción previa denominada no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios propuesta por la entidad demandada, así mismo se procedió a fijar el litigio, se pronunció sobre las pruebas y corrió traslado para alegar de la forma prevista en el artículo 181 *Ibidem*.

6.1. Parte accionante

Mediante memorial del 21 de abril de 2023¹⁶, la parte accionante presentó sus alegatos de conclusión, ratificándose en los hechos y fundamentos de la demanda, solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda.

6.2. Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada

Mediante memorial del 27 de abril de 2023¹⁷ la entidad demandada presentó sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

El Ministerio Público y el señor Martín Hernando Brito Sánchez guardaron silencio en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en el auto proferido el 13 de abril de 2023, el problema jurídico de este proceso se contrae a resolver sobre la nulidad de la Resolución núm. 0034917 de 2 de junio de 2022, expedida por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, por medio de la cual, entre otras cosas, se retiró del servicio a la demandante, y determinar, si como consecuencia de dicha declaración procede el reintegro de la demandante al cargo que desempeñaba en provisionalidad y el reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados en la demanda.

¹⁴ Documento #7 del expediente digital.

¹⁵ Documento #18 del expediente digital.

¹⁶ Documento #19 del expediente digital.

¹⁷ Documento #20 del expediente digital.

Ahorabien, atendiendo a que en la demanda se señalan cargos de nulidad específicos, el Despacho abordará el estudio de las consideraciones, en las siguientes partes: i) Marco legal y jurisprudencial general sobre el concurso de méritos; ii) marco legal y jurisprudencial sobre régimen específico de carrera de los empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, Policía Nacional y sus entidades descentralizadas y el nombramiento en provisionalidad; iii) hechos probados; y iv) análisis de los cargos de nulidad planteados.

2. Marco legal y jurisprudencial

2.1 De los concursos de méritos

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

Por regla general los cargos se proveen por medio de un concurso de méritos que contiene las etapas necesarias de eliminación y clasificación, para la escogencia de la persona que tenga el mejor perfil y capacitación, para satisfacer las necesidades que el empleo público demanda, es por ello, que en vigencia de la Carta Política de 1991, la Ley 443 de 1998, indicó en su artículo 2º, que son principios rectores de la carrera administrativa 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 este punto cabe señalar que la Ley 909 de 2004, que derogó la normativa antes mencionada, retomó los principios anotados y reiteró otros que se presumen incluidos, tales como la transparencia y la igualdad; mantuvo la prevalencia de la norma en los casos de regímenes especiales de carrera administrativa.

Como se ha venido diciendo por regla general los empleos públicos son de carrera administrativa, a la que se accede previo concurso de méritos y que la Ley en comento define en los siguientes términos:

***“ARTÍCULO 27. Carrera Administrativa.** La carrera administrativa es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer; estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público. Para alcanzar este objetivo, el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad, sin discriminación alguna.”*

La Ley 909 de 2004 ha definido el concurso de méritos, como un proceso de selección de los empleados de carrera caracterizado por la objetividad y transparencia, con la que se busca garantizar el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos como lo prevé también el artículo 40 numeral 7º de la Carta Política.

Sobre la importancia de este derecho la Corte Constitucional ha precisado:

“Esto significa que a partir de 1991, el principio de igualdad de oportunidades, como regla irreductible del acceso a la función pública, cualquiera sea su ubicación en la estructura del Estado, se traduce en: “(i) un mandato de tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distingo alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) la adopción de medidas positivas frente a grupos sociales que inveteradamente han sido discriminados en términos de acceso a cargos públicos, en especial, de dirección.”¹⁸

A la luz de ese principio, la Constitución consagra la regla del ingreso a la carrera por concurso de méritos y el principio de igualdad de oportunidades (art.125); la creación de la Comisión Nacional del Servicio Civil (art.130) y las reglas para acceso y restricciones a la reelección de altos cargos en la rama judicial y los órganos de control (Acto Legislativo 02 de 2015).

Así pues, la Carta Política, tomando en consideración el bloque de constitucionalidad en la materia, consagra las bases del acceso a la función pública en Colombia, con fundamento en el principio de igualdad de oportunidades, determinando así que todo ciudadano tiene derecho a desempeñar funciones y cargos públicos en igualdad de condiciones. Así, a excepción de aquellos cargos cuyo sistema de nombramiento está específicamente determinado por la Constitución o la ley, el acceso a los empleos en los órganos y entidades del Estado es, por regla general, de carrera.”¹⁹

Establecida la importancia de garantizar el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, es necesario señalar que existen unas etapas legales del concurso de méritos cuya observancia también vincula el derecho fundamental al debido proceso administrativo, esas etapas conforme la Ley 909 de 2004, son las siguientes:

“ARTÍCULO 31. Etapas del proceso de selección o concurso. El proceso de selección comprende:

1. Convocatoria. La convocatoria, que deberá ser suscrita por la Comisión Nacional del Servicio Civil, el Jefe de la entidad u organismo, es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes.

2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.

3. Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

Las pruebas aplicadas o a utilizarse en los procesos de selección tienen carácter reservado, solo serán de conocimiento de las personas que indique la Comisión Nacional del Servicio Civil en desarrollo de los procesos de reclamación.

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.²⁰

¹⁸ Sentencia C-319 de 2010:

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2018, con ponencia del Magistrado Dra. Cristina Pardo Schlesinger. La cita precedente proviene de la sentencia citada.

²⁰ Modificado por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 “[...] Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados,

5. Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.

Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente.

El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional.

PARÁGRAFO . *En el reglamento se establecerán los parámetros generales para la determinación y aplicación de los instrumentos de selección a utilizarse en los concursos.*

ARTÍCULO 32. Reclamaciones. *Las reclamaciones que presenten los interesados y las demás actuaciones administrativas de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de las Unidades y de las Comisiones de Personal y de las autoridades que deban acatar las disposiciones de estos organismos se sujetarán al procedimiento especial que legalmente se adopte.*

ARTÍCULO 33. Mecanismos de publicidad. *La publicidad de las convocatorias será efectuada por cada entidad a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, de acuerdo con lo establecido en el reglamento.*

La página web de cada entidad pública, del Departamento Administrativo de la Función Pública y de las entidades contratadas para la realización de los concursos, complementadas con el correo electrónico y la firma digital, será el medio preferente de publicación de todos los actos, decisiones y actuaciones relacionadas con los concursos, de recepción de inscripciones, recursos, reclamaciones y consultas.

La Comisión Nacional del Servicio Civil publicará en su página web la información referente a las convocatorias, lista de elegibles y Registro Público de Carrera.”

Como puede observarse, la Ley establece las etapas de convocatoria, reclutamiento, pruebas y conformación de la Lista de Elegibles, destacándose que para la primera etapa debe expedirse un acto administrativo que comporte todas las reglas y particularidades del concurso, que a su vez debe ser suscrito también por el Jefe de la Entidad que avala el acuerdo respectivo.

El Acuerdo de la convocatoria junto con la normativa citada constituyen una herramienta indispensable para la Comisión Nacional del Servicio Civil, así como para la entidad beneficiaria del concurso y los ciudadanos participantes del mismo, porque desde el inicio conocen las particularidades de la convocatoria respectiva.

Por otra parte, es necesario señalar que el Decreto 1083 de 2015, unificó la reglamentación del sector función pública y recogió la reglamentación citada, así como el Decreto 1227 de 2005, reglamentario de la Ley 909 de 2004, estableciendo los términos de las convocatorias, la forma de inscripción a las mismas, el tipo de pruebas que se deben practicar y de más particularidades que inciden en la conformación de las Listas de Elegibles.

que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.{..}”

2.2 Régimen de carrera especial

Mediante la Ley 1033 de 2006 se estableció la carrera administrativa especial para los empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, Policía Nacional y sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector defensa, y, en su artículo 2º revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que expidiera normas con fuerza de Ley que contengan el sistema especial de carrera del sector Defensa.

En virtud de lo anterior, se expidió el Decreto Ley 91 de 2007 “(...) *Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal.* (...)”, en el cual previó:

“(...) ARTICULO 15. DEL SISTEMA ESPECIAL DE CARRERA DEL SECTOR DEFENSA. El Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa es un sistema técnico de administración del personal a su servicio, que tiene por objeto alcanzar dentro del marco de seguridad requerido, la eficiencia, la tecnificación, la profesionalización y la excelencia de sus empleados, con el fin de cumplir su misión y objetivos, ofreciendo igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma.

El ingreso, la permanencia y el ascenso, en los empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, se hará considerando el mérito, sin que para ello la filiación política, raza, sexo, religión, o razones de otra índole diferentes a la seguridad, puedan incidir de manera alguna.

El Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa regula la capacitación, los estímulos, y la evaluación del desempeño de los empleados públicos civiles y no uniformados al servicio del Sector Defensa.

ARTÍCULO 16. CONCURSOS. La provisión definitiva de los empleos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa se hará por concurso abierto, el cual tendrá por objeto establecer y comprobar la aptitud, idoneidad y condiciones de seguridad de los aspirantes. El concurso abierto se caracteriza por permitir la admisión libre para todas las personas que demuestren poseer los requisitos exigidos para el desempeño del empleo.

ARTÍCULO 17. OBJETIVO DE LOS PROCESOS DE SELECCIÓN Y COMPETENCIA PARA SU REALIZACIÓN. El proceso de selección tiene como objetivo garantizar el ingreso de personal idóneo y con las condiciones de seguridad requeridas, al Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, con base en el mérito, mediante procedimientos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes demuestren poseer los requisitos para ingresar.

ARTÍCULO 18. ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN. El proceso de selección para proveer los empleos del Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa, comprende las siguientes etapas:

- a) La convocatoria;
- b) La inscripción para el concurso;
- c) La aplicación de pruebas de ingreso, incluida la entrevista personal;
- d) Conformación de la lista de elegibles de acuerdo con los resultados del concurso;
- e) Estudio de seguridad;
- f) El nombramiento en período de prueba. (...)

ARTÍCULO 26. UTILIZACIÓN Y VIGENCIA DE LA LISTA DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles resultado de los concursos deberán utilizarse en estricto orden mérito para la provisión del empleo convocado, según el puntaje obtenido. La lista de elegibles estará vigente por el término de un (01) año desde su conformación, sin perjuicio de que los incluidos en la anterior lista de elegibles puedan participar nuevamente en los concursos.

ARTÍCULO 27. ESTUDIO DE SEGURIDAD. El estudio de seguridad que tendrá carácter reservado, debe ser elaborado previamente a la expedición del acto administrativo de nombramiento, pudiendo ser actualizado en cualquier tiempo, y le será practicado al aspirante que ocupe el primer puesto para acceder al empleo en la lista de elegibles y así en estricto orden descendente, de acuerdo a la utilización de la lista de elegibles. En desarrollo del estudio de

seguridad se podrán aplicar las pruebas técnicas que se estimen pertinentes por las autoridades competentes para su realización, con la autorización previa del aspirante.

El aspirante que no supere el estudio de seguridad será retirado de la lista de elegibles y como consecuencia no será nombrado en un empleo del sector defensa.

PARÁGRAFO. *El estudio de seguridad de que trata el presente artículo, no le será practicado a los empleados civiles y no uniformados del sector defensa que en desarrollo de los concursos ocupen el primer puesto en la lista de elegibles, a quienes se les haya practicado con anterioridad a su vinculación.*

ARTÍCULO 28. PERÍODO DE PRUEBA. *La persona seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba por el término de seis (6) meses. (...)”.*

2.3 Nombramiento en provisionalidad

Respecto de los nombramientos en provisionalidad en el régimen de carrera administrativa especial para los empleados públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, las Fuerzas Militares, Policía Nacional y sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector defensa, el artículo 56 del Decreto Ley 91 de 2007 “*Por el cual se regula el Sistema Especial de Carrera del Sector Defensa y se dictan unas disposiciones en materia de administración de personal*”, dispone:

“(…) 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. (…)*

Ahora bien, en el artículo 57 *Ibidem* establece las siguientes causales de retiro del servicio:

“(…) 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. (...)”*
(Destacado fuera de texto)

3. Caso concreto

3.1 Hechos probados

Se encuentra probado en el expediente que la Señora Gaby Astrid Carreño Morales nació el 16 de mayo de 1967²¹, por lo que cuenta con 56 años de edad, así mismo, se

²¹ Documento #1 de la carpeta pruebas demanda.

observa que de conformidad con la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Recursos Humanos de la Superintendencia de Vigilancia²² la demandante laboró en dicha entidad en los siguientes periodos y empleos:

Inicio	Fin	Cargo desempeñado
4 de agosto de 1999	16 de marzo de 2000	Profesional de Defensa Código 3020, Grado 10 en la Dirección de empresas y Cooperativas.
16 de marzo de 2000	21 de noviembre de 2002	Profesional de Defensa Código 3020, Grado 10 en la Dirección de empresas y Cooperativas.
21 de noviembre de 2002	21 de marzo de 2003	Profesional Universitario Código: 3020 Grado: 10, en la oficina de Atención al Usuario
21 de marzo de 2003	2 de septiembre de 2004	Profesional Universitario Código: 3020 Grado: 12, en la Delegada para Inspección y Control, dirección de inspección e Investigación
2 de septiembre de 2004	18 de marzo de 2005	Profesional Universitario Código: 3020 Grado: 12, en la Delegada para Inspección y Control, dirección de inspección e investigación
18 de marzo de 2005	3 de octubre de 2006	Profesional Universitario Código: 3020 Grado: 12, en la Dirección de Empresas y Cooperativas
3 de octubre de 2006	15 de noviembre de 2006	Profesional Especializado Código 2028 Grado: 13, en el Grupo de Habilitación Empresarial.
15 de noviembre de 2006	2 de mayo de 2007	Profesional Especializado Código 2028 Grado: 13 Coordinadora Grupo de Habilitación Empresarial.
2 de mayo de 2007	18 de diciembre de 2007	Profesional Especializado Código 2028 Grado: 13 Coordinadora Grupo de Habilitación Empresarial.
18 de diciembre de 2007	15 de marzo de 2010	Profesional Defensa Código 3-1 Grado 16 Grupo de Habilitación Empresarial.
15 de marzo de 2010	18 de febrero de 2011	Profesional Defensa Código 3-1 Grado 16 Grupo de Consultoría y Capacitación.
18 de febrero de 2011	22 de septiembre de 2014	Profesional Defensa Código 3-1 Grado 19 Grupo de Consultoría y Capacitación.
22 de septiembre de 2014	10 de octubre de 2014	Profesional Defensa Código 3-1 Grado 19 Coordinadora Grupo de Consultoría y Capacitación.
3 de julio de 2015	12 de noviembre de 2015	Profesional Defensa Código 3-1 Grado 19 Coordinadora Grupo de Consultoría y Capacitación.
12 de noviembre de 2015	2 de junio de 2022	Profesional Defensa Código 3-1 Grado 19 Coordinadora Grupo de Consultoría y Capacitación.

Así mismo, está probado en el expediente que mediante el Acuerdo 20181000002756 del 19 de julio de 2018, se establecieron las reglas del primer concurso abierto de méritos para proveer de manera definitiva los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema Especial de Carrera Administrativa de la **Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada**, proceso de selección núm. 636 de 2018- Sector Defensa, distribuidos como 44 profesionales, 14 técnicos y 22 asistenciales.

De igual manera se evidencia, de conformidad con la constancia aportada al expediente, que la demandante se inscribió en el referido proceso de selección al empleo 16494 Profesional o Defensa Código 3-1 Grado 19²³, no obstante, señala en el

²² Documento #7 de la carpeta pruebas demanda
²³ Documento #3 de la carpeta pruebas de la demanda.

escrito de demanda que por circunstancias personales no pudo asistir a la jornada de aplicación de pruebas.

Ahora bien, se evidencia que una vez surtidas las etapas del concurso de méritos la Comisión Nacional del Servicio Civil expidió la Resolución núm. 13554 de 23 de noviembre de 2021²⁴, por medio de la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer **una vacante definitiva del empleo denominado Profesional de Seguridad o Defensa**, Código 3-1 Grado 19, OPEC 16494, la cual estaba conformada, en orden descendente por: 1. Martín Hernando Brito Sánchez. 2. Diana Christina Cordovez Méndez y 3. Juan Carlos Gualteros Meza.

De igual forma, se encuentra acreditado en el expediente que mediante la Resolución 2022-0034917 de 2 de junio de 2022, el Secretario General de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, dispuso: i) Desvincular a la demandante Gaby Astrid Carreño Morales, al empleo al que había sido nombrada en provisionalidad, denominado OPEC 16494 que corresponde al empleo denominado Profesional de Seguridad o Defensa Código 3-1 Grado 19, a partir de la fecha de posesión del elegible Martín Hernando Brito Sánchez; ii) nombrar en periodo de prueba al señor Martín Hernando Brito Sánchez en el empleo denominado OPEC 16494 corresponde al empleo denominado Profesional de Seguridad o Defensa Código 3-1 Grado 19.

Así mismo, se evidencia que, mediante correo electrónico del 7 de junio de 2022²⁵, se comunicó al señor Martín Hernando Brito Sánchez su nombramiento en periodo de prueba, mismo que fue aceptado por el mencionado ciudadano por medio de correo electrónico del 13 de junio de 2022²⁶, en el cual solicitó que la posesión se hiciera efectiva para el día 1º de julio de 2022.

Igualmente, se encuentra acreditado que el Secretario General de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, mediante oficio 2022014815 del 13 de junio de 2022²⁷, le otorgó al señor Martín Hernando Brito Sánchez el plazo para tomar posesión del cargo hasta el 1º de julio de 2022.

Por otra parte, se observa que mediante oficio 2022016795 de 30 de junio de 2022 remitido por correo electrónico el 1º de julio de 2022²⁸, la entidad demandada informó a la demandante de su desvinculación en virtud de la Resolución 2022-00374917 de 2 de junio de 2022 a partir del 1º de julio de 2022 fecha en la que el elegible tomaría posesión del cargo, la cual igualmente tiene una firma de recibido de la demandante del 5 de julio de 2022²⁹.

Ahora bien, atendiendo a que en la demanda se expresan cargos concretos de nulidad contra el acto administrativo acusado, el Despacho se pronunciará sobre los mismos de manera separada, así:

²⁴ Folios 36 a 38 del documento #11.

²⁵ Folio 44 del documento #11.

²⁶ Folios 44 a 48 del documento #11.

²⁷ Folios 49 del documento #11.

²⁸ Folios 50 a 55 del documento #11.

²⁹ Documento #8 de la carpeta pruebas de la demanda

3.2 El acto acusado es incompatible con el auto del 6 de junio de 2022 proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado que suspendió el concurso de méritos a través del cual se separó del cargo a la demandante

3.2.1 Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo

Respecto de la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece:

“(…) ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.

ARTÍCULO 92. EXCEPCIÓN DE PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD. Cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, quien lo produjo podrá suspenderla y deberá resolver dentro de un término de quince (15) días. El acto que decida la excepción no será susceptible de recurso alguno, pero podrá ser impugnado por vía jurisdiccional. (…)”

Al respecto la Corte Constitucional, analizando la constitucionalidad del artículo 66 del Decreto 01 de 1984, que establecía la pérdida de ejecutoriedad de los actos administrativos en el C.C.A, señaló en la sentencia C-069 de 1995:

“Los actos administrativos, por regla general, son obligatorios mientras no hayan sido suspendidos o declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello la norma demandada comienza por señalar que “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo”. La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, ocurre de manera excepcional, de conformidad con las causales establecidas por la ley, y en particular por el artículo 66 del Decreto 01 de 1984, parcialmente acusado.

De esta manera, el citado precepto consagra por una parte la obligatoriedad de los actos administrativos como regla general “salvo norma expresa en contrario”, y como excepciones la pérdida de fuerza ejecutoria, por suspensión provisional, por desaparición de sus fundamentos de hecho o de derecho, eventos denominados por la jurisprudencia y la doctrina, el decaimiento del acto administrativo; por el transcurso del tiempo, es decir cuando al cabo de cinco años de estar en firme, la Administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos; por cumplimiento de la condición resolutoria a que esté sometido; y cuando pierdan su vigencia (vencimiento del plazo). (…)”

Ahora bien, sobre el particular, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia de 20 de marzo de 2014 proferida dentro del expediente 68001233100020080036201, señaló:

“(…) “En efecto, en la norma antes mencionada se tipificó lo que la doctrina denomina el decaimiento del acto administrativo, lo que implica que si bien el acto no se ha extinguido, queda expuesto a un supuesto de revocación, en la medida en que faltan los supuestos de hecho que justificaron su emisión; en consecuencia el acto administrativo pierde su fuerza ejecutoria (u obligatoriedad) De acuerdo con la referida norma, la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo ocurre cuando, después de su expedición, sobreviene la ausencia de obligatoriedad

de ejecución por alguna de las causales señaladas en el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, entre ellas y para el caso que nos ocupa, por la desaparición de una circunstancia de hecho o de un fundamento de derecho necesario para la vigencia del acto jurídico, como podría ser la anulación del acto o la inconstitucionalidad de la disposición que le sirvió de fundamento.”(...)

De esta manera, la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, ocurre, de manera excepcional, cuando media alguna de las causales establecidas en el artículo 66 ibídem.

Esta figura opera en sede administrativa al haber perdido el acto administrativo unos de sus caracteres principales, el de ser ejecutorio, lo que implica que la administración no puede hacerlo cumplir. En este orden, el decaimiento no es procedente de ser declarado judicialmente, porque este decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria no está previsto como causal de nulidad de los actos administrativos, y, porque no existe dentro del ordenamiento contencioso administrativo una acción encaminada a tal fin” (...)

De manera más reciente el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P., Dr. César Palomino Cortés, en la sentencia proferida el 17 de marzo de 2022, dentro del expediente 11001032500020170053100, señaló: “(...) *Bien es sabido por doctrina y jurisprudencia, que la pérdida de ejecutoria opera automáticamente y hacia el futuro, además que no se requiere de declaración en sede administrativa ni judicial, por lo que resulta evidente el desaparecimiento de las circunstancias de hecho o los presupuestos de derecho en que se apoyaron los actos acusados de nulidad que le negaron a la demandante el derecho de preferencia, para acceder a ser nombrada como Notaria Única del Circulo de Santa Catalina Bolívar. Sin embargo, como se ha reiterado también, la pérdida de fuerza ejecutoria no se constituye en causal de nulidad de los actos jurídicos y, como quiera que éstos no desaparecen del ordenamiento jurídico sin que medie decisión judicial que así lo declare, procederá la Sala a analizar la legalidad de los actos administrativos acusados, cometido principal del presente medio de control contencioso (...)*”

3.2.2 Efectos de la suspensión provisional del Decreto 1754 de 2020

Señala el demandante que el acto administrativo acusado tuvo como origen un concurso de méritos basado en el artículo 125 de la Constitución Política y la Ley 909 de 2004, el cual no desconoce, sin embargo, señala que la demandada expidió y ejecutó el acto administrativo de retiro, pese a estar la entidad plenamente enterada y notificada de la decisión adoptada por el Consejo de Estado que suspendió lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba.

Al respecto se observa que, en razón de la declaratoria del Estado de Emergencia, Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, se expidió el Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020 que en su artículo 14 dispuso lo siguiente:

“(...) Artículo 14. Aplazamiento de los procesos de selección en curso. Hasta tanto permanezca vigente la Emergencia Sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social, se aplazarán los procesos de selección que actualmente se estén adelantando para proveer empleos de carrera del régimen general, especial constitucional o específico, que se encuentren en la etapa de reclutamiento o de aplicación de pruebas.

Las autoridades competentes deberán reanudar dichos procesos una vez se supere la Emergencia Sanitaria.

En el evento en que el proceso de selección tenga listas de elegibles en firme se efectuarán los nombramientos y las posesiones en los términos y condiciones señalados en la normatividad vigente aplicable a la materia. La notificación del nombramiento y el acto

de posesión se podrán realizar haciendo uso de medios electrónicos. Durante el período que dure la Emergencia Sanitaria estos servidores públicos estarán en etapa de inducción y el periodo de prueba iniciará una vez se supere dicha Emergencia. (...)”

Ahora bien, mediante el Decreto 1754 de 2020 se reglamentó el Decreto Legislativo 491 de 2020, en lo referente a los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, en el marco de la emergencia sanitaria, en la etapa de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba, y en su artículo 2 dispuso:

*“(…) **ARTÍCULO 2. Reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas de los procesos de selección.** A partir de la publicación del presente decreto las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, podrán adelantar las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, garantizando la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución [666](#) de 2020 y en las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen. (...)”*

El Decreto 1754 de 2020, fue demandado en ejercicio del medio de control de nulidad y su conocimiento correspondió al Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P Dr. William Hernández Gómez, que mediante el auto proferido el 6 de junio de 2022, dentro del proceso 11001032500020210022200 resolvió: *“(…)Decretar la suspensión provisional de los efectos del Decreto 1754 de 2020, «Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria», de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. (...)”.*

Se destaca que, consultado el proceso en el sistema de gestión, se verifica que el auto por medio del cual se decretó la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 1754 de 2020 fue notificada por estado del 15 de julio de 2022, tal y como se observa de la presente captura de pantalla:

12 Jul 2022	POR ESTADO	DECRETA LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DEL DECRETO 1754 DE 2020 Y RECONOCE PERSONERIAS 1385-2021 P2	15 Jul 2022	15 Jul 2022	11 Jul 2022
11 Jul 2022	ENVIÓ DE NOTIFICACIÓN	SE NOTIFICA:AUTO QUE RESUELVE MEDIDA CAUTELAR DE FECHA 06 06 2022 DE RES145312 NOTI:45740 SINDICATO DE UNIFICACION NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA DIAN Y FINANZAS PUBLICAS : ENVIADO EMAIL , RES145312 NOTI:45741 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO : ENVIADO EMAIL , RES145312 NOTI:45742 FREDY MURILLO ORREGO : ENVIADO EMAIL , RES145312 NOTI:45743 NACION - PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA : ENVIADO EMAIL , RES145312 NOTI:45744 NACION-DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION PUBLICA : ENVIADO EMAIL , RES145312 NOTI:45745 VICTOR HUGO CALDERON JARAMILLO : ENVIADO EMAIL , RES145312 NOTI:45746 PROCURADURIA SEGUNDA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO : ENVIADO EMAIL , RES145312 NOTI:45747 AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO : ENVIADO EMAIL , ANEXOS:1			11 Jul 2022
06 Jul 2022	RECIBO PROVIDENCIA	RECIBE:AUTO QUE RESUELVE MEDIDA CAUTELAR CONSECUTIVO:57			06 Jul 2022
07 Jun 2022	A LA SECRETARIA	PARA NOTIFICAR:AUTO QUE RESUELVE MEDIDA CAUTELAR, CONSECUTIVO:57			07 Jun 2022
06 Jun 2022	AUTO QUE RESUELVE MEDIDA CAUTELAR	DECRETAR LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE LOS EFECTOS DEL DECRETO 1754 DE 2020, POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL DECRETO LEGISLATIVO 491 DEL 28 DE MARZO DE 2020, EN LO RELACIONADO CON LA REACTIVACIÓN DE LAS ETAPAS DE RECLUTAMIENTO, APLICACIÓN DE PRUEBAS Y PERIODO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PARA PROVEER LOS EMPLEOS DE CARRERA DEL RÉGIMEN GENERAL, ESPECIAL Y ESPECÍFICO, EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA . RECONOCE PERSONERÍA . DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE POR:WILLIAM HERNANDEZ FECHA FIRMA:JUN 7 2022 8:03PM			06 Jun 2022

Ahora bien, se observa que, en el trámite del Control Inmediato de Legalidad la Sala Especial de Decisión núm. 17 del Consejo de Estado, tuvo la oportunidad de analizar la legalidad del Decreto 1754 de 2020, y, mediante la sentencia proferida el 3 de junio de 2022, resolvió declarar la nulidad del mencionado Decreto, no obstante, respecto de los efectos de dicha declaratoria de nulidad, señaló, expresamente lo siguiente: “(...) **Por último, debe precisarse que, durante su vigencia, el acto que se declara ilegal surtió efectos y, por ende, las situaciones jurídicas que se consolidaron bajo su amparo no pueden verse afectadas con la presente decisión. Así las cosas, es necesario señalar, con respecto a la reactivación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, que estos no pueden verse afectados, en cuanto, las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección amparadas en la confianza legítima, tuvieron la convicción de que dichos trámites podían reanudarse desde el momento en que el Decreto 1754 de 2020 así lo dispuso. En ese orden, los efectos de la declaratoria de nulidad del acto enjuiciado operan hacia el futuro o ex nunc. (negrilla fuera de texto)**”.

Igualmente, se advierte que, verificado el sistema de gestión, la mencionada providencia de control inmediato fue notificada el 29 de junio de 2022, tal y como se advierte de la siguiente captura de pantalla:

29 Jun 2022	ENVÍO DE NOTIFICACIÓN	SE NOTIFICA SENTENCIA DE FECHA 16 06 2022 DE RES143336 NOTI:71774 PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA : ENVIADO EMAIL , RES143336 NOTI:71775 PROCURADURIA DELEGADA PARA CONCILIACION ADMINISTRATIVA : ENVIADO EMAIL , RES143336 NOTI:71776 AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO : ENVIADO EMAIL , RES143336 NOTI:71777 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO : ENVIADO EMAIL , ANEXOS:1			29 Jun 2022
23 Jun 2022	RECIBO PROVIDENCIA	PAR SE RECIBE FALLO DE 3 DE JUNIO DE 2022 - DECLARA LA NULIDAD			23 Jun 2022
23 Jun 2022	A LA SECRETARIA	PARA NOTIFICAR SENTENCIA, CONSECUTIVO:21			23 Jun 2022
16 Jun 2022	SENTENCIA	LA SALA RESUELVE DECLARAR LA NULIDAD DEL DECRETO 1754 DEL 22 DE DICIEMBRE DE 2020 POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL DECRETO LEGISLATIVO 491 DEL 26 DE MARZO DE 2020, EN LO RELACIONADO CON LA REACTIVACIÓN DE LAS ETAPAS DE RECLUTAMIENTO, APLICACIÓN DE PRUEBAS Y PERIODO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS DE SELECCIÓN PARA PROVEER LOS EMPLEOS DE CARRERA DEL RÉGIMEN GENERAL, ESPECIAL Y ESPECÍFICO, EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA, DICTADO POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA CON LA FIRMA DEL MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO Y EL DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. DOCUMENTO FIRMADO ELECTRONICAMENTE POR: GABRIEL RODOLFO VALBUENA, JAIME ENRIQUE RODRIGUEZ, JULIO ROBERTO PIZA, LUIS ALBERTO ÁLVAREZ, OSWALDO GIRALDO LOPEZ FECHA FIRMA JUN 23 2022 9:17AM			16 Jun 2022

Por lo anterior, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, mediante la sentencia proferida el 1° de septiembre de 2022, dentro del proceso ordinario 11001032500020210022200, resolvió: “(...) **Estar a lo resuelto en la sentencia proferida el 3 de junio de 2022 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, a través de su Sala Especial de Decisión n.º 17, mediante la cual se declaró la nulidad del Decreto 1754 de 2020 con efectos hacia el futuro o ex nunc, en el medio de control inmediato de legalidad con radicado 11001031500020210466400.(...)**”.

Así las cosas, considera el Despacho que no era posible que la entidad demandada desconociera la providencia que decretó la suspensión provisional del Decreto 1754 de 2020, por cuanto para la fecha de expedición de la Resolución No. 0034917 del 02 de junio de 2022, dicha providencia no se había siquiera proferido.

Ahora bien, para el momento en que tomó posesión del cargo el señor Martín Hernando Brito Sánchez quien ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles conformada para proveer de manera definitiva el cargo denominado OPEC 16494 el cual era ocupado en provisionalidad por la demandante, esto es el 1° de julio de 2022, si bien ya se había decretado la nulidad del Decreto 1754 de 2020 por parte del Consejo de Estado en sede de control inmediato de legalidad, la misma no afectó los trámites realizados por las

entidades responsables de tramitar los procesos de selección, era perfectamente posible que la entidad continuara con el trámite pertinente acudiendo directamente al contenido del artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 28 de marzo de 2020, que supeditó el aplazamiento de los procesos de selección a la superación de la emergencia sanitaria, la cual culminó el 30 de junio de 2022, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 666 de 28 de abril de 2022 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Al respecto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P., Dr. Rafael Francisco Suarez, al resolver una solicitud de medida cautelar respecto de las actuaciones administrativas que se adelantan con ocasión del proceso de selección 1421 de 2020, con base en el Decreto 1754 de 2020, por considerar que contravenía el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020, señaló³⁰:

“(…) Al respecto, el despacho estima necesario precisar que el Decreto 1754 de 2020 fue anulado por la Sala 17 Especial de Decisión del Consejo de Estado, mediante sentencia del 3 de junio de 2022, debido a que «[...] el ejecutivo desbordó su atribución constitucional de desarrollar la ley y subordinarse a su contenido, en tanto introdujo aspectos que no se desprenden de manera natural y lógica de sus disposiciones, pues permitió que las entidades o instancias responsables de los concursos pudieran reactivar las etapas de reclutamiento -así como los periodos de prueba- durante la vigencia de la emergencia sanitaria, cuando la norma que pretende desarrollar -Decreto Legislativo 491/20- prevé justamente lo contrario, esto es, que estos trámites se reanudarán cuando la emergencia haya sido superada».

Adicionalmente, en la providencia citada se declaró que los efectos de la nulidad del Decreto 1754 de 2020 operarían, únicamente, hacia el futuro, por lo cual las situaciones jurídicas que se consolidaron bajo el amparo de tal norma no se afectarían con la decisión que adoptó esta corporación.

Así las cosas, el despacho considera que no es procedente decretar la suspensión provisional de las actuaciones administrativas que se desarrollan en el marco del proceso de selección n.º 1421 de 2020, ya que el Decreto 1754 de 2020, si bien fue anulado por razones similares a las que expuso el señor César Mauricio Campos Mantha, pudo haber originado situaciones jurídicas mientras estuvo vigente –como la reanudación del concurso de méritos-, las cuales no podrían verse afectadas, según la mencionada sentencia del 3 de junio de 2022.

Por otro lado, la queja del señor Campos Mantha radica en que el proceso de selección n.º 1421 de 2020 se reanudó cuando aún estaba vigente la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno nacional con ocasión de la pandemia del Covid-19.

*Sobre el particular, aunque el actor no indicó cuándo se habría continuado con el concurso de méritos, es relevante poner de presente que la solicitud de medida cautelar se presentó el **18 de julio de 2022**, mientras que la referida emergencia sanitaria culminó el **30 de junio de 2022**, conforme al artículo 1.º de la Resolución 666 del 28 de abril de 2022, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.³¹ Por consiguiente, en la actualidad no subsiste la justificación que expuso el accionante de cara a obtener la suspensión provisional de las actuaciones administrativas adelantadas en el marco del proceso de selección n.º 1421 de 2020. De hecho, tampoco existía al momento en que se deprecó la cautela. (...)”*

³⁰ Auto del 27 de febrero de 2023, proferido dentro del proceso 11001032500020210046800.

³¹ «Por la cual se proroga la emergencia sanitaria por el coronavirus COVID-19, declarada mediante Resolución 385 de 2020, prorrogada por las Resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, 222, 738, 1315, 1913 de 2021 y 304 de 2022».

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que los efectos de la suspensión provisional decretada mediante el auto proferido el 6 de junio de 2022, debieron ser observados por la entidad al momento de la posesión del señor Brito Sánchez, debe tenerse en cuenta que la lista de elegibles una vez en firme se constituye en un acto definitivo por cuanto crea situaciones jurídicas concretas para el elegible y le otorgan el derecho al concursante de ser nombrado en el cargo respecto del cual superó las etapas y esta en condiciones de elegibilidad³².

Al respecto, consultado el banco nacional de listas de elegibles³³, se evidencia que la lista de la que hace parte el Señor Brito Sánchez, cobró firmeza completa el 7 de diciembre de 2021, por lo que para dicho momento tenía el derecho de ser nombrado una vez superado el estudio de seguridad propio del concurso.

Detalle listas

Proceso Selección	Nro. empleo	Nro. de vacantes	Nro. de lista - proceso	Estado lista	Fecha publicación de la lista	Fecha vencimiento de la lista	Ver datos adicionales
Proceso de Selección No. 406 de 2018 - Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada	16494		19718 - 1	ACTIVA	29 nov. 2021	7 dic. 2022	

Mostrando 1 - 1 de 1 elementos.

«

»

1

«

»

Información acto administrativo

Observaciones	Nro. resolución	Fecha acto administrativo	Fecha publicación acto	Fecha publicación lista	Ver resolución
Confirma C.U.	2021402-408.000.04-19284	23 nov. 2021	29 nov. 2021	29 nov. 2021	

Lista de elegibles del número de empleo 16494

Ranking	Tipo documento	Nro. identificación	Nombre	Apellidos	Fecha	Fecha firmeza	Tipo firmeza
I	CC	75440090	MARTA HERNANDO	BRITO SANCHEZ	81.18	7 dic. 2021	Firmeza completa
II	CC	13811878	DIANA CHRISTIAN	CORDOBA VENEKE	75.15	7 dic. 2021	Firmeza completa
III	CC	13811878	DIANA CHRISTIAN	CORDOBA VENEKE	75.15	7 dic. 2021	Firmeza completa

Así las cosas, se concluye que el acto administrativo acusado no desconoció la providencia que decretó la medida cautelar de suspensión provisional del Decreto 1754 de 2020, por cuanto i) la Resolución acusada fue expedida el 2 de junio de 2022 mientras que el auto que decretó la suspensión provisional fue proferido por la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 6 de junio de 2022 y notificado mediante estado del 11 de julio de 2022, esto es, con posterioridad a la posesión del elegible en el cargo que la demandante ocupaba en provisionalidad; ii) con anterioridad a que se proferiera el auto que suspendió el Decreto 1794 de 2020 por parte de la sección segunda del Consejo de Estado, la sala especial de decisión # 17 del mismo alto tribunal había declarado su nulidad salvaguardando las situaciones administrativas consolidadas bajo su vigencia, entre otros, los nombramientos en periodo de prueba; y iii) el presupuesto de la suspensión de los procesos de selección era el levantamiento de la emergencia sanitaria lo cual tuvo lugar el 30 de junio de 2022.

3.2. 3 Sobre la exigibilidad del acto demandado y la pérdida de fuerza de ejecutoria

Respecto de este cargo, considera la parte demandante, que la entidad debió abstenerse de ejecutar el acto administrativo acusado, por cuanto sus efectos habían

³² Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 27 de julio de 2017, M.P. María Elizabeth García González, rad. núm. 25000 23 42 000 2017 02268 01.
³³ <https://bnle.cncs.gov.co/bnle-listas/bnle-listas-consulta-general>

sido suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no obstante, se reitera que la suspensión provisional del Decreto 1754 de 2020, no tuvo incidencia directa en el nombramiento del señor Brito Sánchez que a la postre generó la desvinculación de la demandante, por cuanto para el momento en que se expidió el acto administrativo acusado dicha providencia no había sido proferida, luego los efectos de la nulidad declarada por el Consejo de Estado en la sentencia del 3 de junio de 2022 dejaron a salvo las actuaciones adelantadas dentro de los procesos de selección y el presupuesto para suspender el trámite del concurso ya se había superado por cuanto para dicho momento la declaratoria de emergencia sanitaria había cesado.

Así mismo, no puede perderse de vista que, de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia traída a colación, la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo no es propiamente una causal de nulidad de los actos administrativos por cuanto afecta la posibilidad de ejecutar el acto administrativo, pero no su validez.

En ese sentido se observa que de conformidad con lo establecido en el artículo 92 del C.P.A.C.A, cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando la pérdida de fuerza ejecutoria y el acto que decida la excepción podrá ser impugnado en sede jurisdiccional, situación que no se observa que la demandante hubiera realizado cuando el elegible tomó posesión del cargo que ella ocupaba en provisionalidad.

Por lo anterior, este cargo de nulidad no está llamado a prosperar.

3.4. La condición de especial protección constitucional alegada por la demandante

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia establece dentro de los principios fundamentales del trabajo la estabilidad en el empleo, al respecto la Corte Constitucional definió dicha garantía de manera reciente así:

“(…) Una garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido. La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado. Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo (CP arts 25 y 53), no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo, sino que es necesario que se configure una justa causa, en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales” (…)” (T-063 de 2022)

En la mencionada sentencia la Corte Constitucional reiteró que aquellos servidores públicos que ocupan un cargo en provisionalidad gozan de una estabilidad laboral relativa, lo cual implica que únicamente pueden ser removidos por causales legales que deben expresarse de manera clara en el acto de desvinculación, al respecto trajo a colación lo establecido en la sentencia SU-446 de 2011, en la cual indicó que *“(…) la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan*

de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente. (...)”.

Ahorabien, teniendo en cuenta que las personas que ocupan cargos en provisionalidad pueden estar dentro de las situaciones que los hagan acreedores de la estabilidad laboral reforzada, tales como, ser madres y padres cabeza de familia, tener la condición de pre pensionados y encontrarse en condición de discapacidad, el artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, estableció:

“(...) ARTÍCULO 2.2.5.3.2. Orden para la provisión definitiva de los empleos de carrera. La provisión definitiva de los empleos de carrera se efectuará teniendo en cuenta el siguiente orden:

- 1. Con la persona que al momento de su retiro ostentaba derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.*
- 2. Por traslado del empleado con derechos de carrera que demuestre su condición de desplazado por razones de violencia en los términos de la Ley 387 de 1997, una vez impartida la orden por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 3. Con la persona de carrera administrativa a la cual se le haya suprimido el cargo y que hubiere optado por el derecho preferencial a ser reincorporado a empleos iguales o equivalentes, conforme con las reglas establecidas en el presente decreto y de acuerdo con lo ordenado por la Comisión Nacional del Servicio Civil.*
- 4. Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento ocupe el primer puesto en lista de elegibles para el empleo ofertado que fue objeto de convocatoria para la respectiva entidad.*

Si agotadas las anteriores opciones no fuere posible la provisión del empleo deberá adelantarse proceso de selección específico para la respectiva entidad.

PARÁGRAFO 1. *Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004 y para proveer las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.*

Lo anterior sin perjuicio de lo señalado en el numeral 3 del artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

PARÁGRAFO 2. *Cuando la lista de elegibles elaborada como resultado de un proceso de selección esté conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer, la administración, antes de efectuar los respectivos nombramientos en período de prueba y retirar del servicio a los provisionales, deberá tener en cuenta el siguiente orden de protección generado por:*

- 1. Enfermedad catastrófica o algún tipo de discapacidad.*
- 2. Acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 3. Ostentar la condición de prepensionados en los términos señalados en las normas vigentes y la jurisprudencia sobre la materia.*
- 4. Tener la condición de empleado amparado con fuero sindical.*

PARÁGRAFO 3. *Cuando la lista de elegibles esté conformada por un número igual o superior al número de empleos a proveer, la administración deberá adelantar acciones afirmativas para que en lo posible los servidores que se encuentren en las condiciones señaladas en el parágrafo anterior sean reubicados en otros empleos de carrera o*

temporales que se encuentren vacantes, y para los cuales cumplan requisitos, en la respectiva entidad o en entidades que integran el sector administrativo.

PARÁGRAFO 4. *La administración antes de ofertar los empleos a la Comisión Nacional del Servicio Civil, deberá identificar los empleos que están ocupados por personas en condición de prepensionados para dar aplicación a lo señalado en el parágrafo 2 del artículo 263 de la Ley 1955 de 2019."*

Respecto de este cargo, se observa que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57 del Decreto Ley 91 de 2007, una de las causales de retiro del servicio para el personal del sector defensa, exige que se esté ocupando un empleo en provisionalidad y consiste precisamente en que el empleado que ocupa dicho cargo no ocupe los puestos que permitan su nombramiento en estricto orden de mérito.

Así mismo, de la propia naturaleza del nombramiento en provisionalidad se advierte que este procede en los eventos en que los empleados de carrera se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los cargos o cuando no se hayan provisto mediante concurso.

Ahora bien, respecto de las circunstancias particulares de la accionante, como lo son, su condición de ser madre cabeza de familia y la afirmación de encontrarse en la condición de prepensionada, si bien es cierto en casos específicos dichas situaciones otorgan garantías a las personas que ocupan cargos en provisionalidad, en el sentido de exigir que las entidades nominadoras adopten acciones afirmativas para su protección, las mismas ceden ante el derecho que tienen las personas con derechos de carrera administrativa, al respecto la Corte Constitucional en la sentencia T-405 de 2022, señaló:

"(...) La Corte Constitucional ha señalado que en estos casos "prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos", puesto que la condición de SEPC no otorga a quienes ocupan el cargo en provisionalidad estabilidad laboral reforzada strictu sensu -dada la naturaleza temporal del vínculo-. Así mismo, ha señalado que su situación de vulnerabilidad no les confiere un "derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera". En tales términos, la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles tiene derecho a ser nombrado en propiedad y el SEPC debe ser desvinculado del cargo. Sin embargo, este tribunal ha enfatizado que, en estos casos, la Constitución otorga a los servidores que ocupaban el cargo en provisionalidad y tienen la condición de SEPC una protección constitucional calificada frente al acto de desvinculación. Esta protección exige que, con el objeto de garantizar sus derechos fundamentales, el empleador o nominador les otorgue un "trato preferente" antes de desvincularlos y efectuar el nombramiento del sujeto que ganó el concurso.

En concreto, la Corte Constitucional ha señalado que este "trato preferente" impone a los nominadores dos deberes constitucionales: (i) asegurar que los SEPC sean los últimos en ser desvinculados y (ii) en la medida de lo fáctica y jurídicamente posible, vincular al sujeto nuevamente en forma provisional en "cargos vacantes de la misma jerarquía o equivalencia de los que venían ocupado". De otra parte, algunas Salas de Revisión han señalado que, si el servidor en provisionalidad se encuentra en una situación de debilidad manifiesta por razones de salud, el nominador tiene un tercer deber: afiliar o mantener la afiliación del sujeto al Sistema de Seguridad Social en Salud hasta que culmine el tratamiento de sus patologías. Esta posición, sin embargo, no ha sido pacífica en la jurisprudencia constitucional, debido a que otras Salas de Revisión han sostenido que después del retiro "no existe vínculo laboral (...) que obligué a realizar la respectiva vinculación y cotización al sistema" (...)

En este aspecto es relevante tener en cuenta que conforme con lo informado por la

entidad para la OPEC para la cual concursó el señor Martín Brito Sánchez y que ocupaba la demandante en provisionalidad, únicamente existía una vacante, por lo que, en ese sentido, no era viable que se realizara un estudio de órdenes de protección conforme lo establecido en el parágrafo 2 de artículo 2.2.5.3.2 del Decreto 1083 de 2015, que implica la existencia de una lista de elegibles conformada por un número menor de aspirantes al de empleos ofertados a proveer.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que si bien las entidades deben realizar acciones afirmativas para propender en lo posible a la reubicación de los servidores en provisionalidad en otros empleos de carrera o temporales que se encuentren vacantes, no enervan la legalidad del acto de nombramiento de una persona que superó las etapas del concurso de méritos y fue nombrada por ocupar el primer lugar de la lista de elegibles.

No obstante, lo anterior, se advierte que, en lo referente a la garantía de estabilidad laboral reforzada para los pre pensionados, la Corte Constitucional en la sentencia SU-0003 de 2018, estableció que la misma no era aplicable a las personas cuyo único requisito para acceder a la pensión sea la edad, al respecto señaló:

“Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez. Para fundamentar esta segunda regla de unificación jurisprudencial se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la figura y a su finalidad específica, en aras de determinar por qué, en el supuesto de unificación, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.”

Ahora bien, se observa que en el caso de la demandante conforme con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por la Administradora Colombiana de Pensiones, obrante a folios 77 a 91 del documento “archivo unificado” obrante en la carpeta #2 del expediente, tenía para el 5 de julio de 2022, 1.704,57 semanas de cotización a pensiones, mientras que la Ley 797 de 2003, en su artículo 9, exige para acceder a la pensión de vejez haber cotizado un mínimo de 1300 semanas en cualquier tiempo.

Así las cosas, si bien no se desconoce que para el momento en que fue retirada del servicio la demandante tenía 55 años de edad, es decir, únicamente le hacían falta 2 años para completar la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, para dicho momento ya tenía la densidad de semanas necesarias para acceder a la prestación, y, en consecuencia, no hay lugar a señalar que la demandante sea propiamente una prepensionada.

Cabe señalar, que atendiendo a que uno de los requisitos para pensionarse es el cumplimiento de la edad que junto a las semanas de cotización son indispensables para adquirir la condición de pensionada, considera el Despacho que la demandante si sería era merecedora de una medida de protección por parte de la entidad, en el sentido de verificar la existencia de otras vacantes donde pudiera ser reubicada. No obstante, correspondía a la parte demandante acreditar que al momento de su

desvinculación la entidad no verificó la existencia de otras vacantes en cargos iguales o afines, comoquiera que era su deber probar sus afirmaciones en virtud del principio de la carga de la prueba, máxime si se tiene en cuenta que la entidad afirma que no existe dicha posibilidad por cuanto ya se están proveyendo los cargos mediante el uso de la lista de elegibles y para el empleo que ocupaba la demandante únicamente había una vacante que fue provista mediante el nombramiento del señor Brito Sánchez.

Ahora bien, respecto de la carga de la prueba para demostrar que la desvinculación de un servidor nombrado en provisionalidad se dio por razones distintas al nombramiento de aquel que superó el concurso de méritos, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P., Dr. César Palomino Cortés, en sentencia del 16 de febrero de 2023 proferida dentro del expediente 50001233100020100044701, señaló:

“(…) Por consiguiente debió probar el accionante, al momento de verificarse el retiro del servicio, que no se analizó si era necesario desvincular a todos los nombrados en provisionalidad, esto es que la planta de personal era superior a los que pasaron el concurso, o que una vez se proveyeron los cargos con los que superaron el mismo existieron otras razones diferentes para desvincularlo, en razón a que la

carga de probar los hechos le corresponde a las partes, limitándose tan solo a manifestarlo pero no demostró su ocurrencia.

En este orden, la Sala no comparte lo expuesto por el recurrente, toda vez que, ante la implementación del sistema de carrera en la Fiscalía General de la Nación, procedía la terminación del nombramiento en provisionalidad del actor, quien apenas gozaba de una estabilidad relativa (...)

Por lo tanto, no son de recibo los argumentos esgrimidos por el accionante, al constituir meras apreciaciones subjetivas cuando indicó que debió continuar su nombramiento provisional, al no probar en forma concreta el desconocimiento de sus derechos laborales por el simple hecho de existir una planta global con un número superior a los cargos a proveer.

Dada la transitoriedad de dicho nombramiento, una vez ocurrida la causa legal advertida en la norma, esto es, cumplida la condición de transitoriedad por el nombramiento del empleado que superó el concurso de méritos se impone el retiro, sin que ello pueda constituir enmascarar la desvinculación, obviamente a través de un acto motivado, que fue lo ocurrido dentro del sub-judice. (...)”

Por otra parte, en lo que atañe a la situación de ser madre cabeza de familia, la Corte Constitucional en la sentencia SU-691 de 2017, estableció lo siguiente:

“(…) cuando en la relación laboral una de las partes la conforma un sujeto especialmente protegido (inciso 2º del artículo 43 de la CP), como lo son las madres cabeza de familia que cumplen con los presupuestos establecidos en la sentencia SU-388 de 2005, puede llegar a reconocérseles la garantía de la estabilidad laboral reforzada, claro está, mientras no exista una causal justificativa del retiro del servicio, dado que la protección de la estabilidad laboral reforzada no debe confundirse con el otorgamiento de una inmunidad que exonere de las obligaciones a su cargo, desconozca principios superiores como el mérito que funda el sistema de carrera o que la proteja frente a las medidas disciplinarias, fiscales o penales que eventualmente puedan ejercerse en su contra. De esta manera, la garantía constitucional se sustenta en las siguientes hipótesis:

1. La terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de los servidores públicos en provisionalidad, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos.

2. Sin embargo, cuando el servidor que debe ser desvinculado ostenta la calidad de mujer cabeza de familia, la entidad deberá tener en cuenta dos situaciones antes de proceder a la desvinculación:

2.1. Si cuenta con un margen de maniobra, reflejado en vacantes, para la provisión de empleos de carrera, en razón de la diferencia entre las plazas ofertadas y aquellas provistas mediante la correspondiente lista de elegibles, surge la obligación de garantizar la estabilidad laboral tanto del ganador del concurso como del servidor público cabeza de familia.

2.2. Si no cuenta con margen de maniobra, la entidad debe generar los medios que permitan proteger a las madres cabeza de familia, con el propósito de que sean las últimas en ser desvinculadas de sus cargos, esto, por cuanto no gozan de un derecho indefinido a permanecer en el cargo de carrera. (...)”

Ahora bien, se evidencia que la demandante aporta una declaración rendida ante el Notario 72 del Círculo de Bogotá el 16 de julio de 2022³⁴, en la que declara su condición de madre cabeza de familia, destacando que tiene a su cargo a su hijo de 22 años de edad quién para dicho momento tenía la calidad de estudiante, señalando igualmente que no tiene ingreso diferente al que devengaba como empleada de la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada, y destacando que no convive con el padre de su hijo ni recibe ninguna ayuda económica de su parte, así mismo aporta certificado del pago del semestre de la carrera universitaria de su hijo³⁵, de la calidad de beneficiario a salud³⁶, así como, un certificado de expedido por la administradora del conjunto residencial donde habita con su hijo³⁷.

Al respecto la Corte Constitucional, ha establecido que es posible que la condición de madre cabeza de familia se extienda a aquellas personas que tienen a su cargo hijos mayores de edad que no estén en la capacidad de aportar un sustento económico, siempre que demuestren que la responsabilidad exclusiva del hogar es permanente, existe una sustracción de los deberes legales de manutención y existe una deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros de la familia. (T-084 de 2018)

No obstante, como se advirtió dicha estabilidad laboral no es absoluta por cuanto puede mediar una causal legal para su desvinculación como es el caso del nombramiento en periodo de prueba de quien superó el concurso de méritos para ocupar con derechos de carrera administrativa dicha vacante. Así mismo, no puede perderse de vista que no se probó que la condición de madre cabeza de familia hubiera sido informada a la entidad demandada y que esta no la hubiera tenido en cuenta, y así mismo, no existe certeza respecto de la posibilidad de aplicar acciones afirmativas respecto de su reubicación o reintegro, que además como se advirtió no es oponible al Señor Brito Sánchez en virtud de los derechos de carrera que ostenta respecto del empleo al cual concursó.

Así las cosas, teniendo en cuenta que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad de la cual está investido el acto administrativo acusado, se declarará probada la excepción de mérito “*legalidad de la resolución 2022-34917 de 2 de junio de 2022*”, y, en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda.

³⁴ Documento #9 de la carpeta pruebas de la demanda

³⁵ Documento #13 de la carpeta pruebas de la demanda

³⁶ Documento #11 de la carpeta pruebas de la demanda

³⁷ Documento #12 de la carpeta pruebas de la demanda

Ahorabien, teniendo en cuenta que los perjuicios solicitados en la demanda se derivan de la declaratoria de nulidad del acto acusado, teniendo en cuenta que no se enervó su legalidad, el Despacho se relevará del análisis de su causación y por sustracción de materia no habrá lugar a pronunciarse sobre la excepción de mérito denominada “(...) los daños y perjuicios solicitados no se encuentran determinados, probados, ni juramentados (...)”.

5. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impondrá condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8° del Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

- Primero:** **Declarar probada la** excepción de mérito denominada “*legalidad de la resolución 2022-34917 de 2 de junio de 2022*”, conforme lo expuesto en la parte motivada de esta providencia.
- Segundo:** **Negar las pretensiones de la demanda.**
- Tercero:** Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.
- Cuarto:** Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

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: **38c026d123cfdd518b2afc74d254e8f99ea566a01a07a4e79b8841721ee32d46**

Documento generado en 14/06/2023 09:28:00 PM

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