

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SISTEMA ORAL – DESPACHO No. 003

ESTADOS – AVISOS

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-03-administrativo-de-narino.jsessionid=32D650D2D5051FC550B5AD9DC5520C72.worker4>

Fecha: 01 de junio de 2021

MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCIA OJEDA INSUASTY

En este documento puede consultar las providencias notificadas

PSO NRO.	MEDIO DE CONTROL	Partes ACTO OBJETO DE CONTROL:	AUTO	FECHA AUTO
1. 2019-00230 (9154)	Nulidad y Restablecimiento del Derecho	Demandante: Hugo Libardo Ruiz Pazos Demandado: Municipio de Pasto – Secretaría de Educación	Resuelve recurso de apelación en contra del auto que rechaza la demanda porque el asunto no es susceptible de control judicial.	17 de febrero de 2021



OMAR BOLAÑOS ORDOÑEZ
Secretario Tribunal Administrativo de Nariño

Consulta de Procesos Rama Judicial -

<https://consultaprocesos.ramajudicial.gov.co/Procesos/Index>

Despacho 03 Magistrada Sandra Lucia Ojeda Insuasty

Clase de acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Radicación: 2019-00230 (9154)
Demandante: Hugo Libardo Ruiz Pazos
Demandado: Municipio de Pasto – Secretaría de Educación
Referencia: Recurso de apelación en contra del auto que rechaza la demanda porque el asunto no es susceptible de control judicial.
Temas: Trámite para los encargos de directivos.
Decisión: Confirma
Auto Interlocutorio No. D003-55-2021

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SALA DE DECISIÓN DEL SISTEMA ORAL
MAGISTRADA PONENTE: SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY¹

San Juan de Pasto, diecisiete (17) de febrero de dos mil veinte uno (2021)

I. Asunto

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra del auto calendado 30 de enero de 2020, proferido por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pasto, mediante el cual, resolvió rechazar la demanda propuesta por el señor Hugo Libardo Ruiz Pasos, contra el Municipio de Pasto – Secretaría de Educación, debido a que el acto administrativo demandado no es susceptible de control judicial.

II. Antecedentes

1. El señor Hugo Libardo Ruiz Pasos, actuando a través de apoderado judicial debidamente constituido, interpone el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra del Municipio de Pasto - Secretaría de Educación del Municipio de Pasto, con el fin de declarar la nulidad del oficio No. 1430.2/2019-341 calendado al 4 de julio de 2019.
2. El Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pasto mediante auto calendado 30 de enero de 2020, rechazó la demanda por considerar que el asunto no es susceptible de control judicial (PDF 2019-0230, fls 99-102).
3. Por su parte, el apoderado del extremo demandante interpuso recurso de apelación.

III. La decisión apelada (PDF 2019-0230, fls 99-102)

La decisión proferida por el *a quo*, se resume a continuación:

¹ Magistrada desde el 3 de julio de 2018. La redacción y ortografía son responsabilidad exclusiva del Magistrado Ponente.

Juzga la primera instancia que el acto administrativo demandado no es susceptible de control judicial, toda vez que, no es un acto definitivo ya que se emite en respuesta a peticiones elevadas por el actor, informando sobre la suspensión de la convocatoria, remitiendo los documentos requeridos y además se le dice que no es posible atender favorablemente la solicitud ya que la beneficiaria de la encargatura es la señora Chávez Chamorro.

La primera instancia considera que el accionante debió demandar el acto administrativo que establece los resultados de la convocatoria dirigida a proveer en encargo una vacante definitiva en el empleo de Coordinador de la I.E.M Aurelio Arturo Martínez, puesto que, se trata del documento que decide de fondo la situación particular del Sr. Hugo Ruiz a diferencia del oficio atacado. En ese sentido, explica que al no estar de acuerdo con los resultados, el demandante debió interponer recurso en contra del mencionado acto.

La primera instancia destaca que de llegarse a acceder a las pretensiones de la demanda, aun quedaría vigente la convocatoria adelantada y el acto administrativo por el cual se dieron a conocer los resultados.

IV. Recurso de apelación (PDF 2019-0230, fl 105)

A continuación, se resumen los argumentos del recurso interpuesto por el apoderado de la parte demandante:

Señala que el derecho de petición elevado el 25 de junio de 2019, ante la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, contiene aspectos de hecho y derecho que controvierten la decisión por la cual, se da a conocer la lista conformada para optar por el encargo. Agrega que en el escrito se solicita la desvinculación de la señora Yady Gisell Chávez de la lista de evaluación expedida por el Comité Evaluador con relación al encargo en el empleo de Coordinador de la I.E.M Aurelio.

V. Problemas jurídicos a resolver

A consideración de la Sala, el problema jurídico principal deberá plantearse en el siguiente interrogante

¿La Sala debe confirmar o revocar el auto, por medio del cual, se rechazó la demanda por considerar que el acto administrativo no es susceptible de control judicial?

VI. Tesis de la Sala

La Sala considera que se debe confirmar el auto apelado, pero por las razones expuestas en esta providencia.

VII. Consideraciones

7.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 de la ley 1437 del 2011, esta judicatura es competente para conocer en segunda instancia de los autos susceptibles de ser recurridos en apelación. Dichas providencias están contenidas en el artículo 243 del C.P.A.C.A., modificado por la Ley 2080 de 2021 que establece contra que autos dictados en primera instancia cabe recurso de apelación.

En el caso concreto, es menester citar el artículo 243 modificado por la Ley 2080 de 2021 que consagra:

“Artículo 243. Apelación. *Son apelables las sentencias de primera instancia y los siguientes autos proferidos en la misma instancia:*

1. El que rechace la demanda o su reforma, y el que niegue total o parcialmente el mandamiento ejecutivo. (...).”

Por su parte, el artículo 125 del C.P.A.C.A. modificado por la Ley 2080 de 2021, reza:

“Artículo 125. De la expedición de providencias. *La expedición de las providencias judiciales se sujetará a las siguientes reglas:*

1. (...)

2. Las salas, secciones y subsecciones dictarán las sentencias y las siguientes providencias:

(a) (...)

(b) (...)

(c) (...)

(d) (...)

(e) (...)

(f) (...)

(g) Las enunciadas en los numerales 1 a 3 y 6 del artículo 243 cuando se profieran en primera instancia o decidan el recurso de apelación contra éstas”;

Finalmente, conforme al artículo 86 de la Ley 2080 de 2021, rige a partir de su publicación.

Así las cosas, el auto por el cual, se resuelve el rechazo de la demanda, en sede de apelación, es competencia de la Sala.

7.2. Provisión de empleos directivos mediante encargo.

El Decreto 2105 del 14 de diciembre de 2017², establece:

“ARTÍCULO 2.4.6.3.13. Encargo. El encargo se aplica para la provisión de vacantes definitivas o temporales de cargos de directivos docentes y consiste en la designación transitoria de un educador con derechos de carrera, sea regido por el Decreto Ley 2277 de 1979 o por el Decreto Ley 1278 de 2002, previa convocatoria y publicación de las vacantes a ser proveídas mediante encargo. Para la calificación de los educadores que se postulen, la entidad territorial certificada deberá observar los siguientes requisitos:

1. Que recaiga en un educador de carrera que se desempeñe en la planta de personal de la respectiva entidad territorial certificada en educación en el empleo inferior al que se va proveer transitoriamente, para lo cual se entiende el siguiente orden:

a) Encargo de rector: director rural, coordinador, docente.

b) Encargo de director rural: docente.

c) Encargo de coordinador: docente.

2. Que cumpla los requisitos y competencias del cargo respectivo, de acuerdo con el manual que trata el artículo 2.4.6.3.8 del presente decreto.

3. Que posea aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar.

4. Que no tenga sanción disciplinaria en el último año calendario.

5. Que acredite un desempeño sobresaliente en su última evaluación anual de desempeño, cuando el aspirante sea un educador regido por el Decreto Ley 1278 de 2002.

PARÁGRAFO 1°. Para la designación, cada entidad territorial certificada deberá dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el presente artículo y a las instrucciones que para el efecto imparta la Comisión Nacional del Servicio Civil, y garantizar los derechos de carrera de los educadores.

PARÁGRAFO 2°. Si ningún educador se postula a la convocatoria para la provisión del empleo mediante encargo conforme a lo dispuesto en el

² “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1075 de 2015, Único Reglamentario del Sector Educación, en relación con la jornada única escolar, los tipos de cargos del sistema especial de carrera docente y su forma de provisión, los concursos docentes y la actividad laboral docente en el servicio educativo de los niveles de preescolar, básica y media. »

numeral 10 de este artículo, la entidad territorial certificada encargará directamente a un educador de carrera que cumpla con los requisitos establecidos en los numerales 2, 3, 4 y 5 del presente artículo. De la misma manera se procederá para la provisión por encargo de vacancias temporales inferiores a cuatro (4) meses.» (negrillas propias)

Así las cosas, mediante Circular No. 20171000000027 del 9 de febrero de 2017, la Comisión Nacional del Servicio Civil, impartió las instrucciones para la provisión de los empleos de directivos docentes mediante encargo, en los siguientes términos:

"1. (...)

2. (...)

3. (...) **La entidad territorial debe hacer una convocatoria pública para la provisión por encargo de las vacantes definitivas o temporales, para lo cual definirá de manera autónoma un procedimiento expedito y con plazos razonables, en consonancia con los principios de economía, celeridad, eficacia, eficiencia y oportunidad que rigen las actuaciones administrativas, siempre buscando garantizar la adecuada gestión del servicio educativo"** (negrillas propias).

Así mismo, se indica que en aplicación de lo dispuesto en el art. 131 de la Ley 115 de 1994, el término para agotar el procedimiento y dictar el acto administrativo de encargo no podrá ser superior a quince (15) días hábiles a partir de que se produce la vacante.

En esa misma oportunidad, la Comisión Nacional del Servicio Civil, expuso al respecto que en cumplimiento del artículo 2.4.6.3.14 del Decreto 1075 de 2015³, las entidades territoriales certificadas deben informar:

- El procedimiento adoptado para la convocatoria pública para la provisión por encargo de directivos docentes.
- El protocolo adoptado para valorar aptitudes y habilidades.
- Informe bimestral de encargos.

³ **ARTÍCULO 2.4.6.3.14. Reporte de provisión de cargos.** Con el fin del ejercicio propio de las funciones de vigilancia de carrera docente, las entidades territoriales certificadas en educación deberán reportar a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en las condiciones dispuestas por esta entidad, un informe sobre la provisión de vacantes definitivas por encargo de cargos de directivos docentes y por nombramiento provisional de cargos docentes.

PARÁGRAFO. Las entidades territoriales certificadas en educación no requieren autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer por encargo o nombramiento provisional las vacantes definitivas o temporales de los cargos de la carrera docentes.

Así mismo, posteriormente estableció un criterio unificado sobre la provisión de empleos públicos mediante encargo y señaló lo siguiente:

“¿Cómo proceder a la provisión de una vacante mediante en cargo cuando existe pluralidad de servidores de carrera que cumplen los requisitos?”

Si efectuado el estudio por parte de la entidad, se evidencia que existe pluralidad de servidores de carrera con derecho a ser encargados porque acreditan:

- a) Los requisitos para ejercer el empleo a proveer;*
- b) No han sido sancionados disciplinariamente en el último año;*
- c) Desempeñan el empleo inmediatamente inferior y;*
- d) Su última evaluación del desempeño sea sobresaliente.*

La Unidad de Personal de la respectiva entidad podrá:

- a. Publicar a través de su intranet o medio de amplia difusión para los funcionarios, el listado de los servidores de carrera que cumplen los requisitos para ser encargados del empleo a proveer, con el objeto de que quienes se encuentren interesados así lo manifiesten,*** *mediante comunicación oficial a través del medio más expedito disponible, incluyendo el correo electrónico personal para el caso de servidores de carrera que se encuentran en situaciones administrativas que implican su ausencia de la entidad, siempre que se hallen en servicio activo. (Quienes no hagan ninguna manifestación, se entenderá como no interesados).*
- b. Si efectuada la manifestación de interés, persiste la pluralidad de servidores, la Unidad de Personal de la entidad podrá usar alguno de los métodos sugeridos en el numeral 2° del literal b) del presente criterio***⁴. *Por su parte, si aplicado uno de los métodos se encuentra que solo un servidor cumple los requisitos, deberá efectuarse el nombramiento en encargo a éste.*
- c. Si continua la pluralidad de servidores que cumplen los requisitos, la Unidad de Personal podrá acudir a los criterios de desempate que se muestran a continuación y en el orden que previamente determine.***

(...)

⁴ Se entendería que es aquel que se refiere a que el Jefe de Talento Humano a partir de la documentación que reposa en la historia laboral debe establecer cuál de los servidores de la planta reúne las condiciones para desempeñar el cargo, conceptuando al respecto y sustentando su decisión. También se indica que para evaluar las actitudes y habilidades, se puede tener en cuenta: 1. Identificar las aptitudes y habilidades propias del empleo a proveer. 2. Aplicar pruebas psicométricas y el nivel de desarrollo obtenido en los compromisos comportamentales en la evaluación de desempeño laboral. 3. Con los resultados obtenidos elaborar una escala que permite clasificar en orden de mérito a los servidores.

¿El derecho a encargo es susceptible de ser exigido por vía de reclamación laboral administrativa?

*Siendo un derecho preferencial del empleado de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, **este derecho puede exigirse mediante reclamación laboral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley 909 de 2004⁵ y el Decreto Ley 760 de 2005.***

⁵ **ARTÍCULO 12. Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la vigilancia de la aplicación de las normas sobre carrera administrativa.** La Comisión Nacional del Servicio Civil en ejercicio de las funciones de vigilancia cumplirá las siguientes atribuciones:

a) Una vez publicadas las convocatorias a concursos, la Comisión podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, adelantar acciones de verificación y control de la gestión de los procesos con el fin de observar su adecuación o no al principio de mérito; y, dado el caso, suspender cautelarmente el respectivo proceso, mediante resolución motivada;

b) Dejar sin efecto total o parcialmente los procesos de selección cuando se compruebe la ocurrencia de irregularidades, siempre y cuando no se hayan producido actos administrativos de contenido particular y concreto relacionados con los derechos de carrera, salvo que la irregularidad sea atribuible al seleccionado dentro del proceso de selección impugnado;

c) Recibir las quejas, reclamos y peticiones escritas, presentadas a través de los medios autorizados por la ley y, en virtud de ellas u oficiosamente, realizar las investigaciones por violación de las normas de carrera que estime necesarias y resolverlas observando los principios de celeridad, eficacia, economía e imparcialidad. Toda resolución de la Comisión será motivada y contra las mismas procederá el recurso de reposición;

Nota: *(Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia [C-1265](#) de 2005, únicamente por los cargos formulados.)*

d) Resolver en segunda instancia las reclamaciones que sean sometidas a su conocimiento en asuntos de su competencia;

e) Conocer de las reclamaciones sobre inscripciones en el Registro de Empleados Públicos, de los empleados de carrera administrativa a quienes se les aplica la presente ley;

f) Velar por la aplicación correcta de los procedimientos de evaluación del desempeño de los empleados de carrera;

g) Poner en conocimiento de las autoridades competentes los hechos constitutivos de violación de las normas de carrera, para efectos de establecer las responsabilidades disciplinarias, fiscales y penales a que haya lugar;

h) Tomar las medidas y acciones necesarias para garantizar la correcta aplicación de los principios de mérito e igualdad en el ingreso y en el desarrollo de la carrera de los empleados públicos, de acuerdo a lo previsto en la presente ley;

Dentro de los (10) diez días hábiles siguientes a la publicidad del acto presuntamente lesivo del derecho a encargo o a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del mismo, el servidor de carrera administrativa que considere vulnerado su derecho a encargo, podrá interponer escrito de reclamación de primera instancia ante la Comisión de Personal de la

i) Presentar un informe ante el Congreso de la República dentro de los diez (10) primeros días de cada legislatura, o cuando este lo solicite, sobre sus actividades y el estado del empleo público, en relación con la aplicación efectiva del principio de mérito en los distintos niveles de la Administración Pública bajo su competencia.

PARÁGRAFO 1. Para el correcto ejercicio de sus competencias en esta materia, la Comisión Nacional del Servicio Civil estará en contacto periódico con las unidades de personal de las diferentes entidades públicas que ejercerán sus funciones de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

ARTÍCULO 16. *Las Comisiones de Personal.*

1. En todos los organismos y entidades reguladas por esta ley deberá existir una Comisión de Personal, conformada por dos (2) representantes de la entidad u organismo designados por el nominador o por quien haga sus veces y dos (2) representantes de los empleados quienes deben ser de carrera administrativa y elegidos por votación directa de los empleados. En igual forma, se integrarán Comisiones de Personal en cada una de las dependencias regionales o seccionales de las entidades.

Las decisiones de la Comisión se tomarán por mayoría absoluta. En caso de empate se repetirá nuevamente la votación y en caso de persistir, este se dirimirá por el Jefe de Control Interno de la respectiva entidad.

Esta Comisión se reunirá por lo menos una vez al mes y será convocada por cualquiera de sus integrantes o por el jefe de personal de la entidad u organismo o quien haga sus veces, quien será el secretario de la misma y llevará en estricto orden y rigurosidad las Actas de las reuniones.

La Comisión elegirá de su seno un presidente.

2. Además de las asignadas en otras normas, las Comisiones de Personal cumplirán las siguientes funciones:

a) Velar porque los procesos de selección para la provisión de empleos y de evaluación del desempeño se realicen conforme con lo establecido en las normas y procedimientos legales y reglamentarios y con los lineamientos señalados por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Las citadas atribuciones se llevarán a cabo sin perjuicio de las facultades de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para el efecto, la Comisión de Personal deberá elaborar los informes y atender las solicitudes que aquella requiera;

b) Resolver las reclamaciones que en materia de procesos de selección y evaluación del desempeño y encargo les sean atribuidas por el procedimiento especial (...);

entidad, atendiendo para ello los requisitos establecidos en el Título I del Decreto Ley 760 de 2005 (artículos 4 y 5)⁶.

Contra la decisión de la comisión de Personal, procede reclamación en segunda instancia ante la comisión Nacional del Servicio Civil, la cual deberá ser presentada ante la comisión de Personal de la entidad, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación de la decisión de primera instancia, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, aplicable por remisión del artículo 5 del Decreto Ley 760 de 2005.

En cuanto al efecto para el trámite de las reclamaciones, debe decirse que éstas, así como los recursos presentados por los servidores de carrera en razón a incorporaciones, desmejoramientos de sus condiciones laborales y encargos, se tramitarán en el efecto suspensivo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-.

En la decisión de la reclamación en segunda instancia, si la comisión Nacional del Servicio Civil encuentra que existió vulneración del derecho preferencial a encargo del reclamante, revocará la decisión de la comisión de Personal de la entidad y ordenará a la respectiva Unidad de Personal

⁶ “**ARTÍCULO 4º.** Las reclamaciones que se formulen ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y ante las Comisiones de Personal de las entidades u organismos de la administración pública y las demás entidades reguladas por la Ley 909 de 2004, se presentarán por cualquier medio y contendrán, por lo menos, la siguiente información:

4.1. Órgano al que se dirige.

4.2. Nombres y apellidos completos del peticionario y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identidad y de la dirección.

4.3. Objeto de la reclamación.

4.4. Razones en que se apoya.

4.5. Pruebas que pretende hacer valer.

4.6. Fecha en que sucedieron los hechos que fundamentan la reclamación, y

4.7. Suscripción de la reclamación.

En caso de hacerla de forma verbal, la persona que la recibe deberá elevarla a escrito y sugerir que la firme, en caso de que se niegue, se dejará constancia de ello por escrito.

ARTÍCULO 5º. Para ser tramitadas las reclamaciones deberán formularse dentro de los términos establecidos en el presente decreto y cumplir con cada uno de los requisitos señalados en el artículo anterior; de lo contrario se archivarán. Contra el acto administrativo que ordena el archivo procede el recurso de reposición, en los términos del Código Contencioso Administrativo.

Cuando el órgano o entidad que reciba la petición no sea el competente, la enviará a quien lo fuere, y de ello informará al peticionario, de acuerdo con lo establecido en el Código Contencioso Administrativo.

Cabe agregar que conforme al artículo 8º: “ **En la parte resolutive de los actos administrativos que profieran la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad en que delegue y las Comisiones de Personal, se indicarán los recursos que proceden contra los mismos, el órgano o autoridad ante quien deben interponerse y los plazos para hacerlo**”. (negrillas propias).

efectuar nuevamente el estudio de requisitos que determine en qué servidor de carrera debe recaer el derecho preferencial. ⁷

7.3. Actos administrativos susceptibles de control judicial

El Consejo de Estado ha señalado cuales son los actos administrativos susceptibles de control judicial, como se evidencia a continuación:

“Los actos administrativos han sido definidos por esta corporación como la expresión de la voluntad de la administración, capaces de producir efectos jurídicos que creen, modifiquen o extingan una situación particular o general. Entre sus características la sección ha referido las siguientes: i) constituyen una declaración unilateral de la voluntad; ii) se expiden en ejercicio de la función administrativa ya sea en cabeza de una autoridad estatal o de particulares; iii) se encaminan a producir efectos jurídicos de manera directa sobre el asunto o la situación jurídica de que se trate y, por ende, vinculante y iv) sus efectos crean, modifican o extinguen una situación jurídica general o particular, impactando los derechos u obligaciones de los asociados, «sean subjetivos, personales, reales o de crédito.

Estos actos, a su vez, se distinguen como aquellos de trámite, ejecución y definitivos. En cuanto a los primeros, se ha precisado que son los que dicta la administración para decidir posteriormente el fondo del asunto los cuales en principio no son objeto de control judicial, salvo que hagan imposible la continuación del procedimiento administrativo.

Los de ejecución se limitan a dar cumplimiento a una decisión judicial o administrativa, sin que pueda afirmarse que de ellos surjan situaciones jurídicas diferentes a las de la sentencia o acto ejecutado; empero, sobre este punto es importante señalar que la jurisprudencia ha dicho que es procedente el estudio de los actos de ejecución de sentencias de forma excepcional cuando: i) la decisión de la administración va más allá de lo ordenado por el juez, y ii) crea, modifica o extingue una determinada relación jurídica entre el Estado y el particular que no fue objeto de debate judicial.

Los definitivos se profieren para culminar las actuaciones administrativas iniciadas, bien sea a través del derecho de petición, de manera oficiosa o en cumplimiento de un deber legal.

Conforme con lo anterior, esta corporación ha precisado que son los actos administrativos definitivos aquellos susceptibles de control jurisdiccional por cuanto tienen la vocación de crear, modificar o

⁷ Comisión Nacional del Servicio Civil. 13 de diciembre de 2018. Criterio Unificado. Provisión de empleos públicos mediante encargo. Recuperado de: https://www.cnscc.gov.co/DocumentacionCNSC/Criterios_y_Doctrina/Criterios_Unificados/Encargo/Criterio%20unificado%20Encargo.pdf

extinguir una situación jurídica particular o general, los cuales pueden ser expresos o fictos⁸ (negritas propias)

7.4. Medio de control procedente: nulidad electoral y nulidad y restablecimiento del derecho.

El Consejo de Estado se pronunció acerca de cuál es el medio de control procedente, cuando se trata de una designación en encargo, así mismo, en la providencia se alude al acto de designación en tal calidad como el acto acusado, observemos⁹:

“Decantado lo anterior, corresponde a la Sala determinar si la legalidad del acto de nombramiento acusado puede cuestionarse en nulidad electoral o se debe recurrir a la nulidad y restablecimiento del derecho.

Revisada la demanda, se observa que la pretensión de la misma se limita a solicitar la anulación del acto de nombramiento del demandado por la supuesta ausencia de requisitos para acceder al cargo, sin que de dicha petición se desprenda restablecimiento automático para la demandada, ni para terceros, no solo porque el cargo que se proveyó es de libre nombramiento y remoción, sino porque, además, no está demostrado que la demandante haga parte de la entidad que profirió el acto acusado o se encuentre dentro de su planta de personal.

En este contexto, y como se observa que con la demanda se busca únicamente un control abstracto de legalidad del acto acusado, sin que se genere algún tipo de restablecimiento tácito o implícito para la señora Aleyda Murillo Granados o algún tercero, la Sala estima que la validez de la Resolución N° 2471 de 29 de diciembre de 2017 sí puede controvertirse mediante el medio de control de nulidad electoral”.

7.5. Caso concreto

Del estudio del expediente se encontró lo siguiente:

En la demanda se persigue:

1. Que se declare la nulidad y se restablezca el derecho, conforme lo consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 respecto del Oficio No. 1430.2/2019-341

⁸ Auto Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado, Magistrado Ponente, Gabriel Valbuena Hernández, actor: Fredy Ignacio Rivera Maurillo, radicado: 25000-23-41-000-2017-00933-01(1578-19) de fecha 18 de noviembre de 2020.

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO. Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Rad. No.: 25000-23-41-000-2018-00165-01. En el asunto, únicamente se elevó como pretensión, la nulidad del acto por el cual se nombró como Director regional del Sena, quien fue encargado temporalmente por 3 meses en un cargo vacante definitivamente.

del 4 de julio de 2019, notificado el 8 de julio de 2019, expedido por la Secretaría de Educación del Municipio de Pasto.

2. Que en virtud del restablecimiento del derecho, se declare que el señor Hugo Libardo Ruiz Pasos ocupó el primer puesto o lugar en la lista de evaluación expedida por el Comité Evaluador para el proceso de encargo en la vacante definitiva del cargo denominado Coordinador en la I.E.M. Aurelio Arturo Martínez y se ordene su nombramiento mediante encargo.

3. Que se ordene al demandado cancele el retroactivo salarial y demás emolumentos que le correspondían al actor como Coordinador en la I.E.M. Aurelio Arturo Martínez, teniendo en cuenta la diferencia económica entre el salario asignado como docente y el salario correspondiente al cargo de Coordinador.

Por otro lado, mediante circular del 23 de mayo de 2019, la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, convoca a todos los docentes de los establecimientos educativos del municipio de Pasto a manifestar su interés para ser beneficiario del derecho preferencial de encargo en la vacante definitiva existente en la I.E.M Aurelio Arturo Martínez, (PDF 2019-0230, fl 41-47) como se evidencia a continuación:

“En cumplimiento de lo dispuesto en el **Decreto 490 de 2016, Decreto 2105 de 2017** y en aras de garantizar los derechos de carrera, se convoca a todos los (las) Docentes de los establecimientos educativos del municipio de Pasto, para que manifiesten su interés de ser beneficiarios del derecho preferencial al ser encargado (a) en la vacante definitiva existente en la I.E.M Aurelio Arturo Martínez.

Los (Las) Docentes, deberán manifestar su intención a ser beneficiario (a) mediante escrito presentando en la Secretaria de Educación – oficina de Atención al Ciudadano en horario de oficina hasta el día 30 de mayo de 2019.

...

Una vez recepcionada la solicitud de los postulantes, **el Comité estudiará el cumplimiento de los requisitos y publicará los resultados de la convocatoria**” (negrillas propias)

El 11 de junio de 2019, la Secretaría de Educación Municipal responde a una solicitud presentada por el demandante y le informa que la publicación de los resultados se realizará en la página web de la Secretaría de Educación, sin precisar la fecha (PDF 2019-0230, fl 49)

Posteriormente, el Comité de Evaluación del proceso de selección, expidió los resultados¹⁰, de los cuales se enuncian los dos primeros (PDF 2019-0230, fl 51):

¹⁰ Se desconoce la fecha, tampoco se afirma en la demanda.

Puesto	Nombres	Habilitado	Total
1	Yady Giseld Chaves Chamorro	Si	138.26
2	Hugo Libardo Ruiz Pasos	Si	131.29

El Sr. Hugo Ruiz eleva derecho de petición **el 14 de junio de 2019**¹¹, ante el Comité Evaluador de la convocatoria vacante definitiva de coordinador para la I.E.M Aurelio Arturo Martínez solicitando lo siguiente: (PDF 2019-0230, fl 53)

“1. Solicito de manera formal me permitan anexar documentos que evidencian los reconocimientos académicos a los que sido acreedor, con el fin de que me revalúe entre los criterios ponderables de la convocatoria

2. Solicito copia de la resolución o acto administrativo mediante el cual se dan a conocer los resultados de la convocatoria manifiesta en la circular del 23 de mayo de 2019 emanadas por la S.E.M: vacante definitiva de coordinador para la I.E.M, Aurelio Arturo Martínez, que se puede visualizan parcialmente en la pagina web de la secretaria municipal de educación de Pasto, pero de la que requiero información completa invocando el principio de publicidad y transparencia.

3. Requiero claridad sobre el primer criterio habilitante de la convocatoria “El postulado debe ser un Docente o Directivo docente de carrera que se desempeñe en propiedad en la planta global del municipio de Pasto y se encuentre en servicio activo”, en lo referido a quienes podrían estar excluidos dada la especificación “servicio activo”

4. A manera de consulta requiero información sobre las personas que revisan la circular mediante la cual se hace la convocatoria en referencia: alusión de las personas que conforman el comité evaluador que estudió el cumplimiento de los requisitos y la factibilidad de que sen estos mismo y al tiempo postulantes en la convocatoria mencionada” (Destaca la Sala).

El Sr. Hugo Ruiz, por medio de apoderado judicial, el día **25 de junio de 2019** presenta escrito ante el Secretario de Educación Municipal de Pasto solicitando lo siguiente (PDF 2019-0230, fl 59-65):

1. Sírvasse suspender el trámite de adjudicación de la encargatura al empleo de “COORDINADOR EN LA I.E.M AURELIO ARTURO MARTINEZ”, hasta tanto la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, resuelva las peticiones a las que me he referido, mismas que pueden ser consideradas como una reclamación, toda vez que la circular no hace mención alguna a términos para ejercer el derecho de defensa o debido proceso, como es en este caso las reclamaciones.

¹¹ La parte actora afirma que de esta petición no hubo respuesta, según el escrito que obra a folio 59.

2. *Sírvase ordenar la desvinculación de la señora YADY GISELD CHAVES CHAMORRO, Subsecretaría Administrativa y Financiera de la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, de la lista de evaluación expedida por el Comité Evaluador respecto del proceso de encargo como “COORDINADOR EN LA I.E.M AURELIO ARTURO MARTINEZ”, y en su orden tener como primer aspirante en el puesto numero uno para ser encargado al señor HUGO LIBARDO RUIZ PAZOS, en virtud de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.*
3. *Sírvase expedir copia de la **Resolución No. 0937 de 2018**¹², citada en la tercera pagina de la circular que invita a la postulación, toda vez que la misma no se encuentra publicada en la web de la SEM ni en la gaceta municipal*
4. *Sírvase suministrar los nombres de las personas que hacen parte del comité evaluador y expedir copia del acto administrativo que integra o conforma dicho comité.*
5. *Sírvase expedir copia del acto administrativo que concede comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción a la señora YADY GISELD CHAVES CHAMORRO*
6. *Sírvase considerar para el efecto de la suspensión el hecho que quien ocupa el primer lugar en los resultados de la convocatoria, señora YADY GISELD CHAVES CHAMORRO, para proveer el cargo de “COORDINADOR EN LA I.E.M AURELIO ARTURO MARTINEZ”, no cumple con el requisito establecido en la circular sin numero de fecha 23 de mayo de 2019 donde se menciona el artículo 2.4.6.3.13 del decreto 2105 de 2017, toda vez que la aspirante en la actualidad y al momento de la postulación no ejerce el cargo de docente activa, habida cuenta que ostenta en la actualidad el empleo definitivo en libre nombramiento y remoción denominado “SUBSECRETARIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA”, encontrándose separada del ejercicio de la docencia por situación administrativa como es la comisión para desempeñar cargo de libre nombramiento y remoción, y ejerciendo un cargo superior al de docente, o sea no hace parte de la planta de personal docente, sino administrativa” (negritas propias).*

Mediante oficio No 1430.2/2019-341 del **4 de julio de 2019**, (PDF 2019-0230, fl 67-71) la Secretaría de Educación Municipal de Pasto da respuesta a los derechos de petición elevados por el actor el 14 de junio de 2019 y por su apoderado el 25 de junio de 2019 así (**acto acusado**):

“Respecto de las pretensiones de la solicitud elevada por el apoderado del peticionario, me permito manifestar:

¹² De conformidad con lo expuesto en la circular, es la resolución por la cual, el Comité Evaluador estableció los criterios de ponderación en caso de empate en los resultados de los postulados.

- 1. El trámite de adjudicación de la encargatura de la vacante definitiva de coordinador de la IEM AURELIO ARTURO MARTINEZ fue suspendido mientras se dio respuesta a su solicitud.**
- 2. NO es posible atender favorablemente su solicitud, toda vez que la beneficiaria de la encargatura la Dra. YADY CHAVES CHAMORRO, quien obtuvo el puntaje más alto tras valorar su formación y experiencia, debidamente acreditada en su hoja de vida.**
3. Se allega con la presente, copia de la Resolución No 0937 de 2018¹³ tal como se solicita.
4. Se remite copia de la Resolución No 0781 de 27 de marzo de 2017 expedida por la SEM Pasto.
5. Se remite copia de la Resolución No. 0256 del 21 de enero de 2019.
6. La norma citada por el apoderado del peticionario en ninguna parte menciona que el docente debe estar en servicio activo.

Frente a las peticiones elevadas a nombre propio por parte del señor HUGO LIBARDO RUIZ PAZOS:

- 1. NO es posible recibir en esta instancia documentos adicionales para acreditar requisitos, pues de lo contrario seria vulnerar el derecho a la igualdad, confianza legítima y debido proceso de los demás postulantes, normas de raigambre constitucional**
2. Los resultados de la evaluación de las hojas de vida de los postulantes para proveer mediante encargo la vacante de Coordinador de la IEM AURELIO ARTURO MARTINEZ fueron publicados en la página web de la SEM PASTO tal como se acredita **con la constancia respectiva adjunta al presente escrito. Se allega igualmente el cuadro en formato Excel con los resultados obtenidos por cada uno de los participantes**
3. Tal como se indicó en líneas precedentes, dichos criterios habilitantes solo se tienen en cuenta exista un EMPATE entre dos o mas postulantes, lo cual no tuvo ocurrencia en el presente caso
4. El estudio y revisión de las hojas de vida de los postulantes, estuvo a cargo del comité Evaluador de la Secretaria de Educación¹⁴, conformado

¹³ No es aportada por la parte.

¹⁴ Mediante Resolución 0781 del 27 de marzo de 2017, (PDF 2019-0230, fl 83-) expedida por la Secretaria de Educación Municipal, se conformó el Comité Evaluador para la realización de convocatorias y señala cuales son sus funciones, de la siguiente manera: “ (...)RESUELVE: ARTICULO PRIMERO – **conformar** el Comité Evaluador para la realización de convocatorias y para traslados no ordinarios y encargo en vacantes definitivas y temporales. ARTICULO SEGUNDO – **Integración**, el Comité Evaluador estará conformado por:

- El secretario de educación municipal o su delegado, quien lo preside
- El Subsecretario Administrativo y Financiero
- El Jefe Asesor de la Oficina Jurídica

mediante Resolución No 0781 del 27 de marzo de 2017 y de conformidad con el Artículo SEGUNDO de dicho acto administrativo, esta integrado por... (negrillas propias)

De acuerdo con las pruebas antes relacionadas, se sabe que la circular del 23 de mayo de 2019, expedida por la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, inicia un proceso para proveer el encargo de un puesto directivo docente de carrera administrativa y convoca a los docentes de la ciudad de Pasto. En el citado acto, no se precisaron aspectos tales como: el plazo para las reclamaciones y la procedencia de recursos frente a cada una de las etapas adelantadas en la convocatoria. No obstante, sí se alude a las normas que se citaron en la primera parte de esta providencia.

Ahora según el trámite descrito, cuando se trata del derecho preferencial de encargo, es viable presentar reclamaciones al respecto, bajo ese entendido, la Sala considera que el escrito del 14 de junio de 2019, sí puede ser interpretado como tal, en la medida en que luego de la publicación de los resultados, el actor pide ser reevaluado por sus reconocimientos académicos y frente al cual, hay una respuesta de la administración.

No obstante lo anterior, es lo cierto que el acto que consolida la situación, es el acto que designa en encargo a la señora YADY CHAVES CHAMORRO y ese era el acto que debía atacarse. En otras palabras, en caso de obtener la nulidad del acto acusado, subsistiría el acto que encargó a la prenombrada. Bajo ese contexto, aunque en virtud de las pretensiones, es viable el medio de control elegido, lo cierto es que al no atacar el acto de nombramiento¹⁵ debe confirmarse el auto protestado.

En el sub júdece, no hay lugar a condenar en costas, en virtud a que todavía no se ha trabado la litis.

-
- *El(la) Subsecretario (a) de Calidad*
 - *La profesional universitario de Talento Humano*
 - *El jefe Asesor de la Oficina de Inspección y Vigilancia*
 - *Un (a) Técnico administrativo de la Subsecretaría Administrativa y Financiera*

ARTICULO TERCERO – Funciones del Comité Evaluador, Serán funciones del Comité Evaluador. 1. Formular la convocatoria para traslados no ordinarios y encargos en las vacantes definitivas y temporales. 2. Estudiar las solicitudes de postulación a traslado no ordinario y encargos en vacantes definitivas temporales 3. Realizar la verificación de los requisitos, la valoración de las solicitudes, la aplicación de los criterios y toma de decisiones frente a cada solicitud de traslado no ordinario y encargos. 4. Adoptar las medidas admitidas necesarias y pertinentes para el desarrollo del proceso de traslado no ordinario y encargos”.

¹⁵ Precisa la Sala que aunque no se encuentra en el expediente, el acto administrativo por el cual, finalmente se encargó a la Dra. YADY CHAVES CHAMORRO en el cargo ofertado, sí se menciona en la demanda que la prenombrada y posesionada en el cargo de Coordinadora de la Institución Educativa ofertada, mediante Resolución No. 2074 del 31 de julio de 2019 y posesionada el 1º de agosto del mismo año.

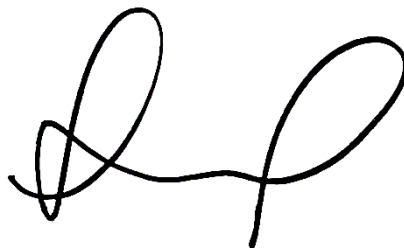
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Nariño, en Sala de Segunda Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Administrativo del Circuito de Pasto, de rechazar la demanda instaurada por el Señor Hugo Libardo Ruiz Pasos en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: Comuníquese esta decisión al *A quo* y a la ejecutoría de esta decisión secretaría remitirá el expediente a su despacho de origen para su cumplimiento.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



SANDRA LUCÍA OJEDA INSUASTY
Magistrada



ANA BEEL BASTIDAS PANTOJA
Magistrada

AUSENTE CON PERMISO

PAULO LEON ESPAÑA PANTOJA
Magistrado