

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JURISDICCIONAL
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA - SUBSECCIÓN "A"**

Bogotá D.C., dieciocho (18) de junio de dos mil veinte (2020).

PROCESO No.: 2500023410002019-00924-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE: ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADO: DEFENSORIA DEL PUEBLO
ASUNTO: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

**MAGISTRADO PONENTE
FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA**

Procede la Sala a resolver la demanda interpuesta por la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO** mediante apoderado en ejercicio del Medio de Control de Nulidad Electoral contra la Resolución 1196 del 3 de septiembre de 2019, expedida por el Defensor del Pueblo por medio de la cual se nombra al señor **JORGE MAURICIO CASTRO VARGAS** en el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 19 perteneciente al nivel de profesional adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo.

SENTIDO DE LA DECISIÓN

La Sala negará las pretensiones de la demanda, por cuanto el demandante no logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo demandado, de conformidad con las razones indicadas en esta providencia.

1. ANTECEDENTES:

1.1. DEMANDA

1.1.1. Pretensiones

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

La parte actora solicitó a esta Corporación que acceda a las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad de la Resolución 1196 del 3 de septiembre de 2019 mediante la cual se nombra provisionalmente a **JORGE MAURICIO CASTRO VARGAS** en el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19, perteneciente al nivel profesional adscrito al despacho del Defensor del Pueblo.

SEGUNDA: Comunicar la sentencia al Defensor del Pueblo”

1.1.2. Hechos

1°. Que mediante Resolución No. 1196 de 3 de septiembre de 2019, Defensor del Pueblo nombró al señor Jorge Mauricio Castro Vargas en el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19.

2°. Que dicho cargo es perteneciente a la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo y no de libre nombramiento y remoción como lo menciona la Resolución 1196 de 2019.

3°. Que el señor Jorge Mauricio Castro Vargas no hace parte del personal inscrito en la carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo.

4°. Que existe personal de carrera administrativa en la Defensoría del Pueblo inscrito, escalafonado y disponible para encargarse de las funciones del Profesional Especializado, Código 2010, grado 19.

1.1.3. Normas violadas

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

- Artículo 138 de la Ley 201 de 1995.
- Artículos 4 y 125 de la Constitución Política.

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Señala que el nombramiento de personas no inscritas en la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo en cargos pertenecientes a ella se encuentra limitado a dos situaciones (i) que no existan servidores públicos inscritos en el escalafón de la Entidad y (ii) que existiendo servidores públicos no cumplan los requisitos para desempeñar el cargo, siendo así que en las demás situaciones los nombramientos deben hacerse con personal inscrito en la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo tal como lo señala el artículo 138 de la Ley 201 de 1995 el cual fue desconocido con la expedición de la Resolución 1196 del 3 de septiembre de 2019.

Indica que la vinculación para cubrir una vacancia en un empleo público se hace por encargo y solamente cuando no sea posible dicha figura se podrá hacer por provisionalidad y a pesar de que ambas figuras son transitorias y excepcionales, la primera prevalece sobre la segunda, y ello cobra relevancia para interpretar de manera correcta del artículo 138 de la Ley 201 de 1995.

Pone de presente que el mérito como principio fundamental de la carrera administrativa se impone frente a la provisión de empleos de carrera tanto en su forma definitiva como transitoria y como lo ha indicado la H. Corte Constitucional, los sistemas específicos de carrera son derivados del Sistema General de Carrera, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, los cuales en el presente caso fueron desatendidos por la Defensoría del Pueblo al considerar que es facultativo del Defensor del Pueblo la selección del tipo de mecanismo para proveer empleos de carrera.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.2.1 Jorge Mauricio Castro Vargas

Pone de presente que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Nacional, por regla general los empleos de las entidades y organismos del Estado pertenecen al régimen de carrera administrativa excepto los de elección popular, los de

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la Ley y de acuerdo con ello, en el artículo 15 del Decreto 026 de 2014 determina que todos los empleos de la Defensoría del Pueblo son de carrera administrativa con las siguientes excepciones (i) los que tengan que ver con dirección, conducción y orientación institucional cuyo ejercicio implique la adopción de políticas y directrices de la entidad y (ii) aquellos empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistencial o de apoyo, estén al servicio directo e inmediato adscritos al Despacho del Defensor del Pueblo o el Vice defensor, lo cual ocurre en el caso concreto.

En el mismo sentido, señala que el otorgamiento de encargos en la Defensoría del Pueblo obedece al ejercicio de la facultad discrecional del nominador, por lo tanto, la existencia de empleos vacantes no ofrece la garantía o deber de ser provistos con personal inscrito en el escalafón de carrera administrativa.

A continuación, relaciona jurisprudencia al respecto y enfatiza en que no existe disposición normativa que establezca que el Defensor del Pueblo para proveer vacantes de empleos de libre nombramiento y remoción deba dar prelación a los servidores inscritos en el escalafón de carrera administrativa de la entidad.

Por otra parte, indica la **inexistencia de violación a disposiciones legales y constitucionales** señalando que el accionante parte de una interpretación errónea del artículo 138 de la Ley 201 de 1995 toda vez que tratándose de la situación administrativa del encargo, el Defensor del Pueblo goza de amplio margen de discrecionalidad para su otorgamiento y terminación.

Respecto a la vulneración de los preceptos constitucionales señala que el alcance dado al artículo 138 de la Ley 201 de 1995 guarda consonancia con la propia constitución conforme con el artículo 283 de la Carta que establece que la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo se dará como entidad con autonomía

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

administrativa y presupuestal la cual se ratifica con lo expuesto en el numeral 2 del artículo 3 de la Ley 909 de 2004.

En el mismo sentido, señala que **el nombramiento se efectuó con estricto cumplimiento a la Ley y al manual de funciones y competencias laborales** y es claro que el Defensor del Pueblo en calidad de nominador contaba con plena discrecionalidad para efectuar el nombramiento siempre y cuando se cumpliera con todos los requisitos.

Por lo anterior, solicita que se denieguen todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

1.2.2. Defensoría del Pueblo

Pone de presente que la decisión fue adoptada por la autoridad competente es decir el Defensor del Pueblo en desarrollo de las facultades otorgadas conferidas por el numeral 26 del artículo 5 del Decreto 025 de 2014 y que además dicha decisión se ajustó a la normatividad aplicable para el caso, es decir el artículo 15 del Decreto Ley 026 de 2014 y el artículo 138 de la Ley 201 de 1995.

A continuación, señala que **no existe violación al principio de prevalencia de la carrera administrativa** toda vez que la Defensoría del Pueblo por disposición del artículo 281 de la Constitución Política hace parte de los órganos de control del Estado.

Indica que la Ley 909 de 2004 *“Régimen de carrera general de administración pública”* se debe aplicar de manera excepcional en las relaciones legales y reglamentarias de los servidores públicos que prestan servicios en la Defensoría del Pueblo cuando en las normas que rigen el sistema especial de carrera hay vacíos normativos y en el presente caso no existe dicha eventualidad puesto que en los Decretos 025 y 026, la Ley 201 de

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

1995 regulan de manera particular y concreta lo relativo a los nombramientos en dicha Entidad.

Señala que **el cargo en el que se nombró al señor Casto Vargas es de libre nombramiento y remoción** toda vez que mediante el Decreto 026 de 2014 en virtud del cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la Defensoría del Pueblo definiéndose que por regla general son de carrera administrativa a excepción de aquellos a los que hace alusión el literal b del artículo 15 teniendo en cuenta la ubicación del empleo ya que se encuentra adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo por lo que las funciones a cumplir en el ejercicio del cargo, se llevan a cabo de manera directa e inmediata, y adicionalmente teniendo en cuenta el propósito del empleo ya que el diseño, control y ejecución de planes, programas y proyectos relacionados con el Despacho del Defensor del Pueblo hace evidente la confianza para ejercer dicho cargo.

Indica que existe una **imposibilidad de proveer los cargos de libre nombramiento y remoción mediante encargo** toda vez que las normas que regulan el régimen de carrera administrativa en la Defensoría del Pueblo son aquellos que se encuentran contenidos en la Ley 201 de 1995 y de manera especial en torno a la provisión de empleos bajo la figura del encargo, el artículo 138 de la Ley 201 de 1995 señala varios requisitos que se deben cumplir para que se pueda proveer un cargo de la Defensoría del Pueblo como son (i) que el cargo que se pretende ocupar sea de carrera administrativa, (ii) que se encuentre vacante y (iii) Que la persona se encuentre inscrita en el escalafón de carrera administrativa y para el caso concreto solamente los cargos de carrera administrativa se les puede aplicar la figura del encargo, pero para los que son de libre nombramiento y remoción no aplica dicha prerrogativa.

Indica que en ningún momento se vulneró el principio de supremacía de la Constitución ya que la expedición de la Resolución demandada se hizo con base en la normatividad vigente y especial para la clase de cargo a desempeñar.

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

1.3. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial se llevó a cabo el 25 de febrero de 2020. En la misma, se fijó el litigio y se reconocieron como pruebas las siguientes:

- Copia de la Resolución No. 1196 de 3 de septiembre de 2019 de la Defensoría del Pueblo.
- Copia del Manual específico de funciones y competencias laborales en lo concerniente al empleo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 19.
- Copia del expediente contentivo de la Hoja de Vida del señor Jorge Mauricio Castro Vargas.
- Copia de la Resolución No. 582 de 30 de marzo de 2016 de la Defensoría del Pueblo.
- Copia de la Resolución No. 1265 de 28 de julio de 2016 de la Defensoría del Pueblo.
- Copia de memorando del 13 de noviembre de 2019 de la Subdirección del Talento Humano de la Defensoría del Pueblo.
- Copia de Certificación laboral del señor Jorge Mauricio Castro Vargas de la Defensoría del Pueblo.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

1.4.1. Jorge Mauricio Castro Vargas

Además de lo expuesto en la contestación de la demanda señala que en el plenario no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre la Resolución No. 1196 de 3 de septiembre de 2019 ya que de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso le correspondía a la parte demandante desvirtuar dicha presunción lo cual no ocurrió y en consecuencia la provisión del empleo es de libre

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

nombramiento y remoción y no se debía acudir a la figura del encargo de manera preferente.

Argumenta que en virtud del Decreto 026 de 2016 el empleo de Profesional Especializado, código 2019, grado 19 adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo fue clasificado como empleo de libre nombramiento y remoción y por lo tanto el factor determinante para ocupar el mismo fue la confianza como elemento de natural observancia para proveerlo.

Respecto a la figura del encargo tratándose de la Defensoría del Pueblo, entidad con régimen especial de carrera administrativa, fue regulada de manera precisa en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995 el cual señala la facultad discrecional como característica propia de la provisión de empleos y ello encuentra asidero en el concepto No. 20156000163361 de 25 de septiembre de 2015 emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Con base en lo anteriormente expuesto solicita sean negadas las pretensiones de la demanda toda vez que no se logró demostrar que la Resolución 1196 de 3 de septiembre de 2019 se encuentre incurso en nulidad.

1.4.2 Defensoría del Pueblo

En sus alegatos de conclusión reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y solicita sean negadas las pretensiones de la demanda.

1.4.3 Asociación Nacional de Empleados de la Defensoría del Pueblo

Guardó silencio.

1.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

El señor Agente del Ministerio Público, delegado ante esta Corporación, rindió concepto (fls. 160 a 166) en el sentido de solicitar que se acceda a las súplicas de la demanda, por las siguientes razones:

Indicó que de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución Política la carrera administrativa es un sistema técnico de administración personal que regula los procesos de selección, evaluación y desempeño, calificación, capacitación, estímulos y retiro de los servidores públicos y busca la profesionalización del Talento Humano del sector público.

Señala que, en relación con la Defensoría del Pueblo, la Ley 201 de 1995 en sus artículos 134 a 139 regulan de manera precisa y especial lo concerniente a la clasificación de los empleos de libre nombramiento y remoción a saber: Secretario General, Veedor, Defensor Delegado, Director Nacional, Defensor Regional, Subdirector de Servicios Administrativos, Subdirector Financiero, Secretario Privado y Jefe de Oficina y adicionalmente no existe ninguna otra disposición de naturaleza especial que haya incluido otros empleos en tal categoría, por lo tanto no puede considerarse que lo señalado en el artículo 15 del Decreto Ley 026 de 2014 permita modificar dichas disposiciones para incluir en el rango de libre nombramiento y remoción otros cargos.

Por lo anterior, considera que una interpretación contraria a la expuesta estaría legitimando el desconocimiento del mandato constitucional en lo referente a la carrera administrativa, ya que no existe una calificación de manera genérica determinable en el caso de la Defensoría del Pueblo e invocando el literal b del artículo 15 del Decreto 026 de 2014 y por lo tanto dicho empleo debe ser considerado para todos los efectos como un cargo de carrera administrativa.

Respecto a la figura del encargo señala que es una institución de naturaleza mixta al ser un modo de provisión transitoria de los empleos de carrera, pero es a su vez un

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

derecho preferencial de carrera, y el procedimiento para su adopción es reglado de tal modo que para la provisión transitoria de un empleo se debe hacer con el servidor público que tenga el mejor derecho.

Expone que el encargo es un instrumento preferente para la provisión de los empleos de carrera, lo cual significa que su trámite debe cumplirse de manera obligatoria y previa para acudir a otros mecanismos como los nombramientos en provisionalidad, ello significa que solamente ante la imposibilidad de realizar un encargo, sería legítimo recurrir a la designación en provisionalidad.

Concluyó afirmando que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar dado que se logró acreditar una causal de nulidad que invalide la Resolución 1196 del 3 de septiembre de 2019 mediante la cual se nombra provisionalmente al señor Jorge Mauricio Castro Vargas ya que el referido acto se expidió con desconocimiento de las normas en que debía fundarse en especial las relativas a la naturaleza del cargo y a su provisión para la cual se debió agotar la figura del encargo con el debido respeto de los derechos que le asisten a los servidores de carrera bajo el marco del artículo 125 de la Constitución Política.

2. CONSIDERACIONES

No encontrándose causal de nulidad que pueda afectar la validez del proceso que deba declararse de oficio en los términos del artículo 133 del Código General del Proceso, y s.s., y determinada la competencia por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, trabada la relación jurídica procesal en legal forma, practicados los medios de prueba, y siendo que el Agente del Ministerio Público emitió concepto, procede la Sala a proferir la sentencia que en derecho corresponde, en el proceso que en ejercicio de la acción electoral se ha tramitado en única instancia, basado en el principio de la justicia rogada, la Sala procede a estudiar los cargos formulados por la parte actora, atendiendo la posición de la parte demandada, y otorgándole el valor

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

probatorio que corresponde a los medios de prueba, en la forma señalada a continuación:

2.1. Competencia

En atención a que en ese caso se ejerce una acción electoral en la que se controvierte un acto administrativo de nombramiento proferido por una autoridad del orden nacional, este Tribunal es competente para conocer y decidir en única instancia, dada la naturaleza jurídica del empleo, del proceso de la referencia.

2.2. Problema jurídico

De conformidad con la fijación del litigio expuesto en la audiencia inicial, le corresponde a la Sala determinar si es nulo el nombramiento del señor JORGE MAURICIO CASTRO VARGAS en el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19 adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo, efectuado a través de la Resolución N° 1196 del 3 de septiembre de 2019.

Respuesta al problema jurídico: No. El actor no ha demostrado la existencia del derecho al encargo, derivado del artículo 138 de la ley 201 de 1995.

2.3. Cargo Único: Violación de la Constitución Política y la ley.

2.3.1. Posición del demandante

Informó que, según el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, grado 19 perteneciente a nivel profesional adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo pertenece a la Carrera Administrativa de la Defensoría del Pueblo y no un cargo de libre nombramiento y remoción como erradamente ocurre.

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Afirmó que el señor Castro Vargas no hace parte del personal inscrito en la carrera administrativa y que además existe personal en la Defensoría del Pueblo inscrito, escalafonado y disponible para ser encargado en dicho empleo de conformidad con lo señalado en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995.

Indicó que el contenido de dicha norma debe ser interpretado según los principios constitucionales que gobiernan la carrera administrativa contenidos en los artículos 4 y 125 de la Constitución Política y el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, razón por la cual la vinculación para cubrir la vacancia del empleo se hará mediante la figura del encargo y solamente cuando no sea posible se podrá vincular de manera provisional.

Manifestó que el mérito como principio fundamental de la carrera administrativa se impone frente a la provisión de empleos de carrera, tanto en su forma definitiva como transitoria por lo que señala que, si el concurso resulta ser el mecanismo por excelencia para la provisión definitiva del empleo de carrera, el encargo lo es tratándose de una provisión transitoria y que dichos lineamientos fueron desatendidos por la demandada al considerar que es facultativo del nominador la selección del mecanismo con el cual deben ser provistos de forma transitoria los empleos de carrera.

2.3.2. Jorge Mauricio Castro Vargas

El señor Jorge Mauricio Castro Vargas indicó que la expedición de la Resolución 1196 del 3 de septiembre de 2019 se hizo bajo los lineamientos establecidos para la provisión del empleo.

Señaló que el acto acusado no violó norma alguna, ni siquiera las citadas por la demandante, por lo que, adujo que el nombramiento efectuado mediante Resolución No. 1196 de 3 de septiembre de 2019, se adelantó con base en la discrecionalidad de la que goza el Defensor del Pueblo y que la Ley 909 de 2004 no resulta aplicable al

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

presente caso ya que la Entidad goza con un régimen de carrera especial que cuenta con norma propia que regula la situación administrativa.

Señaló que, de las normas citadas por el actor en la demanda, no se demuestra que el Cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19, sea de Carrera Administrativa y al contrario existen normas que soportan que dicho nombramiento sea considerado como de libre nombramiento y remoción.

Indicó que el *nombramiento* del señor JORGE MAURICIO CASTRO VARGAS se ajustó a lo señalado en los artículos 4, 125 y 283 de la Constitución Política

2.3.3. Posición de la Defensoría del Pueblo

Señaló que el accionante cuestiona el nombramiento del señor Jorge Mauricio Castro Vargas como Profesional Especializado, Código 2010, grado 19 adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo.

Adujo que los argumentos expuestos por el accionante, no están llamados a prosperar, por cuanto el cargo en el cual fue nombrado el señor Castro Vargas corresponde a libre nombramiento y remoción y por tal motivo no le es posible aplicar la figura del encargo señalada en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995 como tampoco lo señalado en la Ley 909 de 2004 ya que existen normas específicas que ya regulan la materia como lo son los Decretos Ley 025 y 026 de 2014.

2.3.3. Análisis de la Sala:

Como primera medida, es necesario desarrollar el régimen que regula la carrera administrativa y los **Sistemas Especiales** de Carrera en Colombia, para poder desarrollar el caso concreto:

EXPEDIENTE: 2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE: ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA: DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

El artículo 125 de la Constitución Política establece que el régimen general de ingreso, permanencia y ascenso a los empleos públicos debe regirse por las normas que regulan la Carrera Administrativa, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley:

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

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

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción." (Destaca la Sala).

Con el fin de implementar y proveer los cargos de carrera, la Constitución en su artículo 130 creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos, excepción hecha de las que tengan carácter especial.

El Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que para el efecto le fueron otorgadas mediante la Ley 1642 del 12 de julio de 2013 expidió el Decreto Ley 026 de 2014 "por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de empleos de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones" el cual en su artículo 15 dispuso lo siguiente:

ARTÍCULO 15. DE LA CLASIFICACIÓN. Los empleos de la Defensoría del Pueblo son de carrera administrativa, con excepción de:

1. El de periodo fijo.
2. Los de libre nombramiento y remoción, que correspondan a uno de los siguientes criterios:

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

- a) Los empleos de dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implique la adopción de las políticas y directrices de la Entidad, así: Vicedefensor, Defensor Delegado, Director Nacional, Defensor Regional, Secretario General, Jefe de Oficina, Subdirector y Gestor;
- b) Los empleos cuyo ejercicio implica especial confianza, tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistencial o de apoyo, y estén al servicio directo e inmediato de los siguientes despachos, siempre y cuando se encuentren adscritos a sus respectivos despachos así: Defensor del Pueblo y del Vicedefensor;
- c) Los empleos cuyo ejercicio implica la administración y el manejo directo de bienes, dineros y/o valores del Estado, cualquiera que sea su nivel jerárquico.

Con fundamento en el citado Decreto, se expidió la Resolución 1196 de 3 de septiembre de 2019, por medio de la cual se nombró en titularidad al señor Jorge Mauricio Castro Vargas como Profesional Especializado, Código 2010, grado 19 adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo, argumentando que de acuerdo al literal b de dicho artículo y atendiendo a las facultades discrecionales del nominador- Defensor del Pueblo- dicho empleo se define como de libre nombramiento y remoción.

La Defensoría del Pueblo al tener un sistema de Carrera para los servidores públicos de carácter **Especial** se encuentra regulado en la Ley 201 de 1995 e indica en su artículo 138 lo siguiente:

ARTÍCULO 138. ENCARGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN CARRERA. <Artículo derogado, salvo lo relacionado con la Defensoría del Pueblo, por el artículo 262 del Decreto 262 de 2000. El texto original de esta norma es el siguiente:> Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de Carrera, los Servidores Públicos inscritos en el escalafón de la Carrera de la Procuraduría y de la Defensoría del Pueblo, podrán ser encargados de dichos empleos, si llenan los requisitos para su desempeño, hasta por cuatro (4) meses prorrogables por una sola vez y máximo por el mismo término. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador los prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual.

Bajo tales consideraciones, corresponde a la Sala determinar si en el presente caso, el Defensor del Pueblo podía designar el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19 al señor Jorge Mauricio Castro Vargas, adscrito a su Despacho bajo libre nombramiento y remoción o si, por el contrario, dicho empleo es de carrera

EXPEDIENTE: 2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE: ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA: DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

administrativa.

2.3.4. Del procedimiento y normativa aplicable para la figura del encargo de la Defensoría del Pueblo.

En primer lugar, se indicará la normativa relacionada con la **designación de cargos** de la Defensoría del Pueblo, así como lo relacionado con lo que ocupa la atención de la Sala, esto es, la **designación del cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19 adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo.**

De acuerdo a lo anterior, los artículos 134, 135 y 136 de la Ley 201 de 1995, señalan lo siguiente:

ARTÍCULO 134. CONCEPTO. <Artículo derogado, salvo lo relacionado con la Defensoría del Pueblo, por el artículo 262 del Decreto 262 de 2000. El texto original de esta norma es el siguiente:> **La Carrera** de la Procuraduría General de la Nación y **de la Defensoría del Pueblo es un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de estas entidades y ofrecer a todos los ciudadanos igualdad de oportunidad para el acceso a ellas, la capacitación, la estabilidad en sus empleos y la posibilidad de ascender en la Carrera, como también establecer la forma de retiro de la misma.**

ARTÍCULO 135. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO. <Artículo derogado, salvo lo relacionado con la Defensoría del Pueblo, por el artículo 262 del Decreto 262 de 2000. El texto original de esta norma es el siguiente:> **Los empleos de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:**

(...)

En la Defensoría del Pueblo:

- a) De Carrera Administrativa
- b) De Libre nombramiento y remoción.

ARTÍCULO 136. EMPLEOS DE CARRERA. <Artículo derogado, salvo lo relacionado con la Defensoría del Pueblo, por el artículo 262 del Decreto 262 de 2000. El texto original de esta norma es el siguiente:> **Todos los empleos de la Procuraduría General de la Nación y de la Defensoría del Pueblo, son de Carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.**

Los empleados de libre nombramiento y remoción son:

(...)

b) En la Defensoría del Pueblo:

- Secretario General
- Veedor
- Defensor Delegado
- Director Nacional

EXPEDIENTE: 2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE: ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA: DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

- Defensor Regional (Destaca la Sala)

En igual sentido, el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, señala:

ARTÍCULO 138. ENCARGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN CARRERA. <Artículo derogado, salvo lo relacionado con la Defensoría del Pueblo, por el artículo 262 del Decreto 262 de 2000. El texto original de esta norma es el siguiente:> Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de Carrera, los Servidores Públicos inscritos en el escalafón de la Carrera de la Procuraduría y de la Defensoría del Pueblo, podrán ser encargados de dichos empleos, si llenan los requisitos para su desempeño, hasta por cuatro (4) meses prorrogables por una sola vez y máximo por el mismo término. En caso contrario, podrán hacerse nombramientos provisionales, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador los prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual. (Destaca la Sala)

De las normas antes señaladas, se tiene que salvo lo relacionado específicamente en el artículo 136 de la Ley 201 de 1995 todos los demás cargos serán considerados de carrera dentro de la Defensoría del Pueblo, por lo tanto, el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19 pertenece a un empleo de carrera y no de libre nombramiento y remoción.

Por su parte, para designar en encargo a un funcionario se requiere que llene los requisitos para su desempeño hasta por 4 meses; y en caso de que dicha figura no sea posible se podrán realizar nombramientos provisionales solamente cuando se determine que no fue posible designar a ningún funcionario de carrera en dicho cargo.

2.3.5. Caso concreto - Posición de la Sala

La Sala negará las pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

1º. Del derecho al encargo – tránsito legislativo – de la mera posibilidad al derecho a ser encargado de los empleos del nivel superior, cuando se cumplen las condiciones legales.

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Del contenido del artículo 138 de la Ley 201 de 1995 no encuentra la Sala, que se reconozca un derecho laboral a ser encargado.

Dispone la norma citada:

ARTÍCULO 138. ENCARGO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS EN CARRERA. <Artículo derogado, salvo lo relacionado con la Defensoría del Pueblo, por el artículo 262 del Decreto 262 de 2000. El texto original de esta norma es el siguiente:> Mientras se efectúa la selección para ocupar un empleo de Carrera, los Servidores Públicos inscritos en el escalafón de la Carrera de la Procuraduría y de la Defensoría del Pueblo, **podrán** ser encargados de dichos empleos, si llenan los requisitos para su desempeño, hasta por cuatro (4) meses prorrogables por una sola vez y máximo por el mismo término. En caso contrario, **podrán hacerse nombramientos provisionales**, que no podrán tener una duración superior a cuatro (4) meses, salvo que el nominador los prorrogue por una sola vez, hasta por un término igual.

Tal como se colige de la disposición mencionada, la misma se encuentra dirigida al nominador y no al empleado de carrera administrativa especial.

Así las cosas, el nominador tiene el poder de nominación, esto es de cubrir una vacante de en empleo público, en cuyo caso, conforme a su facultad discrecional, puede adoptar dos decisiones absolutamente válidas:

La primera opción: podrá encargar a un empleado de carrera

La condición:

- El empleado seleccionado deberá estar inscrito en carrera administrativa
- El empleado debe cumplir los requisitos para ejercer la función del empleo para el cual va a ser encargado

La segunda opción: el nombramiento provisional

Nótese que la norma invocada como violada consagra una potestad a favor del

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

nominador, igualmente válida frente a la primera, lo que denota que el ejercicio de la facultad discrecional denota una facultad constitucionalmente válida, pues las dos opciones son acertadas. Encargar un empleado de carrera o realizar el nombramiento provisional.

De manera que la Sala no encuentra violado el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, razón por cual el cargo será negado.

2º. El mérito como instrumento de acceso a la carrera administrativa – El mérito como instrumento para acceder por encargo a un empleo vacante inmediatamente superior. Tránsito legislativo.

El demandante reclama una interpretación sistemática de la norma. Será del caso determinar si la parte demandante probó la violación de los supuestos de hecho y de derecho previstos en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995, y los artículos 4 y 125 de la Constitución Política esto es, si a la fecha en la que se expidió el Acto Administrativo demandado, el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19 se encontraba en la categoría de libre nombramiento y remoción, o más bien se trataba de un cargo perteneciente a la carrera administrativa.

De conformidad con la normatividad citada, la Sala encuentra que es la misma Ley la que ha establecido los derechos que les asisten a los funcionarios de carrera administrativa y en cuanto a la provisión de los empleos de carrera es preciso señalar que el encargo es una manera de provisión transitoria de los mismos y su finalidad es garantizar la eficiencia en la función administrativa. El encargo surge cuando existe una vacante que requiere ser provista por la entidad de manera temporal.

En ese orden de ideas, es conveniente destacar que el artículo 2.2.2.2.3 del Decreto Único Reglamentario define para las entidades del orden nacional el nivel profesional así:

EXPEDIENTE:	2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE:	ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA:	DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

ARTÍCULO 2.2.2.2.3 *Nivel Profesional*. Agrupa los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier disciplina académica o profesión, diferente a la formación técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que, según su complejidad y competencias exigidas, les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión, control y desarrollo de actividades en áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales

Si bien es cierto que el nominador- Defensor del Pueblo- es quien determina sobre que servidor debe recaer el encargo, una vez decide proveer transitoriamente el empleo de carrera, la aplicación de la figura comporta una decisión discrecional acorde a los supuestos normativos de la carrera administrativa, es decir, determinar de manera discrecional la facultad de optar por dos opciones válidas. el encargo o el nombramiento provisional.

Con fundamento en lo expuesto, no estarían dados los presupuestos para que acceder a las pretensiones de la demanda, ya que el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19 de la Defensoría del Pueblo, pertenece indudablemente a los empleos de carrera administrativa, de conformidad con la normatividad ya señalada, sin embargo, el nominador optó por la forma de provisión de nombramiento provisional, actuando conforme a derecho.

Así las cosas, para la Sala es claro que el nombramiento del señor Jorge Mauricio Castro Vargas, mediante Resolución No. 1196 de 3 de septiembre de 2019, de acuerdo con la ley.

Por lo anterior, las pretensiones de la demanda no prosperan, y en consecuencia, se denegará la petición de nulidad de la Resolución 1196 del 3 de septiembre de 2019, a través del cual se nombró al señor **JORGE MAURICIO CASTRO VARGAS** en el cargo de Profesional Especializado, código 2010, grado 19 adscrito al Despacho del Defensor del Pueblo.

EXPEDIENTE: 2500023410002018-01075-00
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL
DEMANDANTE: ASOCIACION NACIONAL DE EMPLEADOS DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO
DEMANDADA: DEFENSORÍA DEL PUEBLO
ASUNTO: SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

Por lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DENIÉNGASE las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - ARCHÍVESE previa ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Discutido y aprobado en sesión de la fecha según acta No.


FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado

AUSENTE CON EXCUSA

CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada


LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado