

REPUBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y SEIS ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil veinte (2020).

EXPEDIENTE N°.: 11001-33-42-046-2018-00327-00
DEMANDANTE: HUMBERTO PUELLO PUERTA
**DEMANDADO: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS
DOMICILIARIOS**

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ASUNTO

Agotado el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del C.P.A.C.A., procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia para resolver la demanda que ha dado origen al proceso de la referencia.

1 ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El señor Humberto Puello Puerta, identificado con C.C. N°. 73.125.601 expedida en Cartagena (Bolívar) y otros, a través de apoderado, promovió el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (C.P.A.C.A.) contra la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, con el fin de que se hagan declaraciones y condenas que se indican en el siguiente apartado.

1.1.1 Pretensiones.

De la demanda se tienen las siguientes:

1. Que se declare la nulidad de la decisión tomada por la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dentro del proceso disciplinario N°. 064-012-2015, de fecha 01 de septiembre de 2017, mediante la cual se sancionó al demandante con suspensión en el ejercicio de sus funciones durante un mes.
2. Resolución No. SSPD-20171300165715 del 22 de septiembre de 2017, proferida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio del cual se confirmó la decisión adoptada por la Oficina de Control Disciplinario Interno en el fallo de primera instancia, en el sentido de sancionar al señor Humberto Puello Puerta, con suspensión en el ejercicio del cargo por un término de un mes.
3. Que es nula la Resolución No. SSPD No.20175240230345 del 27 de noviembre de 2017, proferida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, por medio de la cual se hace efectiva la suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un mes, impuesta al demandante, y se arroga la facultad de dar por terminado el encargo al demandante en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044 grado 9, y le ordena asumir, una vez terminado el periodo de suspensión, el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 20 del cual ostenta derechos de carrera administrativa.
4. Que, como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la entidad demandada a revocar la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo que venía desempeñando el demandante, esto es, el de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 9, ordenándose desvirtuado el cargo imputado al demandante.
5. Que se ordene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios designar al demandante en el cargo de Profesional

Universitario, Código 2028, Grado 11 o al cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 9.

6. Que se condene a la entidad demandada al pago de los perjuicios materiales, es decir, a lo dejado de percibir como Profesional Universitario, Código 2028, Grado 11 o al cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 9; hasta la fecha de la sentencia que ponga fin al proceso; sumas que deberán ser reajustadas y actualizadas.
7. Que se condene a la entidad demandada al pago de 100 Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, como perjuicios morales.
8. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 189 y ss del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y se condene es costas y agencias en derecho a la parte demandada.

1.1.2 Fundamento fáctico

La demanda se fundamenta en los hechos que a continuación se exponen brevemente:

1. El demandante ingresó a la planta de personal de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ostentando el cargo de carrera administrativa denominado Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 20, desde el 06 de diciembre de 1996.
2. Durante su vinculación con la entidad demandada, el demandante se ha desempeñado en los siguientes cargos: Encargado Técnico Administrativo, Código 3124, Grado 14, desde el 04 de mayo hasta el 18 de agosto del año 2014; y como encargado Técnico Administrativo, Código 3124 Grado 18, desde el 18 de agosto de 2015 al 20 de febrero de 2017.
3. El señor Puello Puerta se presentó como aspirante dentro de la convocatoria N°. 025 del 28 de septiembre de 2015, con el propósito de

aspirar al cargo de carrera Profesional Universitario, Código 2028 grado 11, de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

4. Dentro de dicha convocatoria, el demandante presentó la documentación correspondiente, para acreditar la experiencia, y adjuntó certificación expedida por la Sociedad ARM Ltda.
5. El día 21 de diciembre de 2015, la Oficina de Control Disciplinario de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios resolvió abrir indagación preliminar en contra del demandante, mediante auto No. 2015700002306, en relación con la conducta denunciada a través del memorando 20155240113553 del 19 de noviembre de 2015, remitido por el grupo de talento humano.
6. Para la fecha de la apertura de la investigación disciplinaria, el demandante desempeñaba el cargo de Técnico Administrativo Grado 18, Código 3124.
7. La entidad demandada abrió convocatoria en el año 2017, para el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, en el cual el demandante participó, y el día 21 de febrero de 2017, el señor Humberto Puello tomó posesión del cargo de profesional Universitario, Código 2044, Grado 09.
8. Mediante auto No. 20171700001246 de 28 de marzo de 2017, la Oficina de Control Disciplinario resolvió abrir investigación contra en actor.
9. Mediante decisión de fecha 1 de septiembre de 2017, la demandada, a través de la jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, declaró probado y no desvirtuado el único cargo imputado al demandante, y lo sancionó con suspensión en el ejercicio del cargo, por el término de un mes, sin que allí se estableciera sobre qué cargo recaía la sanción.
10. El demandante interpuso recurso de apelación, contra la decisión de primera instancia, el cual su desatado mediante la resolución No. 2017300165715 del 22 de septiembre de 2017.
11. Mediante Resolución No. SSPD 2017524023045 de 27 de noviembre de 2017, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios resolvió dar

por terminado el encargo como Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09, y hacer efectiva la sanción disciplinaria, impuesta al demandante, ordenando que asumiera el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044, Grado 20.

1.1.3. Normas violadas.

De orden constitucional: Artículos 2, 4, 5, 6, 3, 25, 29, 83 y 90 de la Constitución Política.

De orden legal y reglamentario: Artículos 3 y 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, artículo 29 de la Ley 113 de 2007. Artículo 23 de la Ley 734 de 2002 y Decreto 648 de 2017.

1.1.4 Concepto de violación¹.

Aduce la parte demandante que el acto acusado adolece de falsa motivación y desviación de poder. Como fundamento de ello, sostiene que la entidad demandada al expedir el acto administrativo desconoció que, al terminar el encargo efectuado al demandante en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 09; el acto tenía la connotación de acto administrativo definitivo, bajo el entendido que modifica una situación jurídica consolidada, por tanto, debían otorgarse los recursos de ley.

Arguye que la decisión de segunda instancia vulnera el debido proceso al no determinar con claridad el cargo respecto del cual debía aplicarse la sanción, pues con ello generó incertidumbre que llevo a la administración a tomar interpretaciones equivocadas.

Finalmente, sostiene que la entidad demandada desconoció que la inhabilidad e incompatibilidad atribuida, esto es, la contemplada en el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, está destinada para los abogados en ejercicio de su profesión. Por ende, no es posible aplicar dicha incompatibilidad al demandante, comoquiera que el señor Humberto Puello no ejerció funciones jurídicas, sino que desarrollaba funciones con carácter administrativo.

¹ Folios 97-100.

1.2. TRÁMITE PROCESAL

1.2.1 Contestación de la demanda²

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones allí contenidas. Como fundamento de ello sostiene que, según el criterio de la Corte Constitucional, los abogados que sean funcionarios públicos o que ejerzan función pública quedan sujetos no solo a las regulaciones del Código Disciplinario del Abogado sino también al Código Único Disciplinario. De manera que, aquellos serán responsables ante la Procuraduría General de la Nación o la Oficina de Control Interno Disciplinario, según sea el caso, en su condición de servidores o particulares en ejercicio de función pública, por violación de los deberes funcionales; y ante los Consejos Seccionales o el Consejo Superior de la Judicatura, por violación de la normativa que rige la profesión de abogado.

1.2.2 Audiencia Inicial³

En audiencia inicial el Despacho adelantó todas las etapas procesales contenidas en el artículo 180 del C.P.A.C.A. Además, decretó las pruebas que consideró necesarias para resolver la cuestión objeto de debate.

1.2.3. Audiencia de pruebas⁴

En la audiencia de pruebas, el despacho corrió traslado a las partes de las pruebas decretadas, practicadas y oportunamente allegadas al expediente. En consecuencia, se decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de que trata el artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, dispuso la presentación de alegatos por escrito.

1.2.4 Alegatos

Se presentaron en forma escrita, así:

Parte demandante⁵: Reiteró los argumentos expuestos en la demanda.

² Folios 149-167.

³ Folios 177-182.

⁴ Folios 186-188 y 199.201.

⁵ Folios 202-204.

Parte demandada⁶: Ratificó los argumentos de defensa contenidos en la contestación de la demanda. Igualmente, aduce que los actos administrativos demandados se ajustaron a las reglas procedimentales del proceso disciplinario, por tanto, no puede existir violación del derecho al debido proceso.

Agente del Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

Cumplido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes,

2 CONSIDERACIONES.

2.1 Problema Jurídico

Como se determinó en la audiencia inicial al momento de fijar el litigio, el presente asunto se pretende establecer: si la sanción disciplinaria impuesta al señor Humberto Puello Puerta se ajustó a derecho, en particular, si dentro del proceso disciplinario se garantizaron los derechos de defensa y debido proceso y el principio de tipicidad en materia disciplinaria. Además, debe determinarse respecto del cuál cargo debió ejercerse la sanción impuesta al demandante.

2.2 Hechos probados

Se demostraron en el proceso los hechos que a continuación se indican:

- Que el señor Humberto Puello Puerta presta sus servicios a la Superintendencia de Servicios Públicos Domicilios.
- Mediante auto No. 2015700002306 del 21 de diciembre de 2015⁷, la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios abrió indagación preliminar en contra del señor Humberto Puello Puerta.
- Por auto No. 20171700001246 del 28 de marzo de 2017⁸, la entidad demandada, a través de la Oficina de Control Disciplinario Interno, abrió investigación disciplinaria en contra del señor Humberto Puello Puerta.

⁶ Folios 205-212.

⁷ Folios 78-80.

⁸ Folios 71-76.

- Mediante Resolución No. SSPD – 20175240002435 del 15 de febrero de 2017⁹, se encargó al demandante en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, grado 09.
- Que en contra del Humberto Puello Puerta se inició un proceso disciplinario por haber violado el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.
- La Oficina de Control Disciplinario Interno de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante fallo de primera instancia, proferido el 01 de septiembre de 2017¹⁰; resolvió declarar probado y no desvirtuado el único cargo imputado, imponiéndole una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de un mes.
- En sede de apelación, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, a través de la Resolución No. 20171300165715 del 22 de septiembre de 2017¹¹, confirmó la decisión de primera instancia.
- Por Resolución No. 20175240230345 del 27 de noviembre de 2017¹², se hizo efectiva una sanción de suspensión en el ejercicio de funciones al señor Humberto Puello y se dio por terminado un encargo.

2.3 Marco Normativo.

2.3.1 Generalidades de Proceso Disciplinario

El derecho sancionador como disciplina jurídica comprende al menos cinco especies: derecho penal, derecho contravencional, derecho correccional, derecho de punición por indignidad política y derecho disciplinario¹³, siendo este último del que nos ocuparemos en este provisto.

El proceso disciplinario tiene como propósito sancionar o castigar al funcionario público que haya incurrido en los supuestos de hecho descritos como faltas o prohibiciones en la Ley. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 6º y

⁹ Folios 68-69.

¹⁰ Folios 20-66.

¹¹ Folios 2-16.

¹² Folios 18-19.

¹³ Restrepo Medina, Manuel Alberto y Nieto Rodríguez, María Angélica. *El derecho administrativo sancionador en Colombia 2017*. Editorial Legis / Editorial Universidad del Rosario. Pag. 15. Véase también Código de procedimiento Administrativo y de lo contencioso Administrativo. (Ley 1437 de 2011) Comentado y Concordado. Segunda impresión (2013) Editorial: Universidad Externado de Colombia. Editor Juan Carlos Benavides. Pág. 178.

122º de la Constitución Política, los funcionarios son responsables por infringir la constitución y la Ley y por la omisión y extralimitación de sus funciones, bajo en entendido que no existe empleo público que no tenga sus funciones determinadas en la ley o el reglamento.

Así pues, por ser un proceso de carácter sancionatorio este debe ajustarse a las reglas señaladas en el artículo 29 de la Constitución Nacional, esto es, al debido proceso, el cual es una garantía instituida en favor de las partes y de aquellos terceros interesados en una determinada actuación administrativa o judicial (artículo 29); consistente en que toda persona, natural o jurídica, debe ser juzgada conforme a leyes preexistentes al caso que se examina, garantizándosele principios como los de publicidad y contradicción y el derecho de defensa.

Finalmente, debe resaltarse que no toda irregularidad dentro del proceso disciplinario genera de por sí sola la nulidad de los actos a través de los cuales se aplica a un funcionario una sanción disciplinaria, lo que interesa es que no se haya incurrido en fallas de tal entidad que impliquen violación del derecho de defensa y del debido proceso; es decir, sólo las irregularidades sustanciales o esenciales que implican violación de garantías o derechos fundamentales acarrear la anulación de los actos sancionatorios.

2.3.2. Elementos de la responsabilidad disciplinaria

La existencia de la responsabilidad disciplinaria depende de la convergencia de tres elementos a saber: i) la tipicidad de la conducta¹⁴, ii) la antijuridicidad de esta¹⁵ y, iii) la culpabilidad del servidor público¹⁶.

2.3.2.1. En cuanto al primero de los elementos enunciados, debe precisarse que la tipicidad constituye el desarrollo de los principios de legalidad y del debido proceso. En efecto, el artículo 29 de la Constitución determinó que «*nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...*». En definitiva, la tipicidad es la garantía de que la conducta reprochada como falta disciplinaria se encuentre descrita previamente en la ley con total precisión¹⁷.

¹⁴ Artículos 4; 23; 43 # 9 y 184 # 1 Código Disciplinario Único

¹⁵ Artículo 5 *ibidem*

¹⁶ Artículos 13; 43 # 1 y 44 parágrafo *ib.*

¹⁷ CE, SCA, S2 SS"B", Sentencia del 24 de agosto de 2018, radicación: 3169-16. Actor: Giovanni Alberto Medina Hernández. Demandado: UNE EPM Telecomunicaciones S.A. Ver también la Sentencia C-769 de 1999. Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

En el ámbito disciplinario, el artículo 3 de la Ley 1015 de 2006 desarrolló el principio invocado al disponer que « El personal destinatario de esta ley, será investigado y sancionado por conductas que estén descritas como faltas disciplinarias en la ley vigente al momento de su realización.».

Bajo estos supuestos, corresponde a la autoridad disciplinaria analizar de forma lógica y razonada si la conducta desplegada por el servidor público se subsume en el tipo disciplinario previamente establecido en la ley, esto es, si su comportamiento se adecua efectivamente a la descripción típica que se va a aplicar y, por ende, si su actuar es contrario al deber que debió acatar o cumplir.

Este proceso de subsunción típica en el ámbito disciplinario es menos riguroso que en el campo del derecho penal, en razón a que para el legislador es imposible determinar todas las conductas que puedan ser consideradas como faltas disciplinarias.

2.3.2.2. Por otro lado, la antijuridicidad en el derecho disciplinario ha sido entendida como un comportamiento del servidor público que va en contravía del deber o de la prohibición, sin que en su actuar exista justificación en alguna de las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en el artículo 41 de la Ley 1015 de 2006 o en otras que establezca el ordenamiento jurídico¹⁸.

En la ley 734 de 2002, aplicable por remisión expresa de los artículos 32 y 58 de la Ley 1015 de 2006, en el artículo 5 señaló que «La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna». Así las cosas, la falta imputada será antijurídica cuando el servidor público con su actuar: i) afecte el deber funcional y, ii) dicho comportamiento no se encuentre justificado.

Para la configuración de la antijuridicidad, la jurisprudencia ha sido clara en señalar que, a diferencia del derecho penal en el que se requiere que exista un daño al bien jurídico tutelado (antijuridicidad material), en el campo del derecho disciplinario es antijurídica la actuación siempre que se incumplan los deberes funcionales por parte del servidor público.¹⁹

¹⁸ Acerca de la noción de antijuridicidad en el derecho disciplinario se puede consultar la sentencia C-1161 de 2000.

¹⁹ CE, SCA, S2, SS "B", sentencia del 29 de enero de 2015. Actor: Dora Nelly Sarria Vergara. Demandado: Rama Judicial - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial DEAJ - Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Silvia. Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, radicación: 0449-13.

Se ha dicho también, que no basta el simple desconocimiento formal del deber, sino que es necesario que la inobservancia sea sustancial, es decir, que sea de tal relevancia que afecte el buen funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.

Bajo estos parámetros, se deduce que la conducta es antijurídica cuando, además del incumplimiento formal del deber funcional por parte del servidor público, la infracción es de carácter sustancial, es decir, afectó el funcionamiento del Estado, el cumplimiento de sus fines o el interés general.

Igualmente, es menester verificar que la actuación no se encuentra amparada en alguna de las causales de exoneración de responsabilidad consagradas en el artículo 41 de la Ley 1015 de 2006, puesto que el artículo 5 de la ley 734 advierte que la conducta es antijurídica solo si no es justificable.

De comprobarse la ocurrencia de alguna de tales causales, pese a la existencia de la actuación disciplinable, el servidor público debe ser exonerado por la justificación que lo amparaba en el desarrollo del comportamiento.

2.3.2.3. Por su parte, la culpabilidad como elemento de la responsabilidad implica que es necesario que se pruebe que el servidor público actuó a título de dolo o culpa, en razón a que la responsabilidad de carácter objetivo está prohibida dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Así lo determinó el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, según el cual «Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable», norma desarrollada en el artículo 10 de la Ley 1015 de 2006 que prevé que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas son sancionables a título de dolo o culpa.

2.3.3. Vinculación al empleo público. - Provisionalidad.

El artículo 122 de la Constitución Nacional determina que no existe empleo público que tenga funciones previamente señaladas en la ley o reglamento. A su vez el artículo 125 ibídem, determina que los empleos en los órganos y entidades del estado son de carrera administrativa, salvo aquellos que son de elección popular, de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

Así, el artículo 125 de la constitución política desarrolla una clasificación de provisión de cargos, determinando como regla principal, que los empleos de los órganos y entidades del estado cargos son de carrera administrativa.

“ARTICULO 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.

PARAGRAFO. Adicionado por el Acto Legislativo 1 de 2003. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.” (Énfasis agregado).

De lo anteriormente precisado, se infiere que la Constitución Política no sólo contempla la clasificación de los empleos, sino las formas de ingreso y retiro, haciendo hincapié en los empleos de carrera administrativa, para lo cual dispone, que el retiro de aquellos funcionarios que ocupen dichos cargos sólo podrán efectuarse, entre otras causales, por la calificación no satisfactoria del empleo.

Con anterioridad a la expedición de la Carta Constitucional, el artículo 5 del Decreto 2400 de 1968, establecía las clases de nombramiento, para lo cual ordenó:

“ARTICULO 5. Para la provisión de los empleos se establecen tres clases de nombramientos. Ordinario, en período de prueba y provisional. Las designaciones para empleos de libre nombramiento y remoción tendrán el carácter de nombramientos ordinarios. La autoridad nominadora, en todo caso, tendrá en cuenta para proveerlos que la persona en quien recaiga el nombramiento reúna las calidades exigidas para el ejercicio del cargo. Los nombramientos para empleos de carrera se producirán en períodos de prueba y recaerán en las personas que sean seleccionadas mediante sistema de mérito, de acuerdo con los reglamentos de cada carrera. Una vez que la persona designada haya superado satisfactoriamente el período de prueba y que su nombre sea inscrito en el respectivo escalafón, será ratificado en su cargo como empleado de carrera. **Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado de acuerdo con la reglamentación**

de la respectiva carrera. El período provisional no podrá exceder cuatro meses.” (Énfasis agregado).

Ahora bien, el artículo 25 del Decreto 2400 de 1968 determina, entre otras, como causal de retiro la **declaratoria de insubsistencia del nombramiento**, aspecto frente al cual se precisa en el artículo 26 ibídem, que en todo caso la persona o el funcionario que no pertenezca a la carrera administrativa, podrá ser declarado insubsistente, sin necesidad de motivar el acto administrativo, sin embargo, se debe dejar constancia de las causas y el hecho que lo produjo en la hoja de vida.

No obstante, la Ley 909 del 2005 y el Decreto 1227 del mismo año, advierten que siempre se debe motivar el acto administrativo por medio del cual se declara la insubsistencia de un funcionario que desempeña un cargo en provisionalidad. Al respecto es preciso traer a colación el artículo 10º del mencionado decreto, que a su tenor literal señala:

“Artículo 10. Antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.”

En consecuencia, la declaratoria de insubsistencia de un funcionario público que se desempeñe en provisionalidad, debe estar debidamente motivada, y dicha motivación deben obedecer a razones del buen servicio, o a las causales establecidas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2005.

2.3.2. Vinculación al empleo público. – Encargo – diferencias

La Ley 443 de 1998, en su artículo 8º establece los eventos en los que procede el encargo y el nombramiento en provisionalidad, señalando lo siguiente:

“**Artículo 8º**Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva, el encargo o el **nombramiento provisional sólo procederán cuando se haya convocado a concurso para la provisión del empleo.**”

Mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer empleos de carrera, los empleados de carrera, tendrán derecho preferencial a ser encargados de tales empleos, si acreditan los requisitos para su desempeño. **Sólo en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.**

El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular, y en todo caso se someterá a los términos señalados en la presente Ley.

Los nombramientos tendrán carácter provisional, cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.

Cuando se presenten vacantes en las sedes regionales de las entidades y en éstas no hubiere un empleado de carrera que pueda ser encargado, **se podrán efectuar nombramientos provisionales en tales empleos.**

Parágrafo. Salvo la excepción contemplada en el artículo 10 de esta Ley, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.” (Énfasis agregado)

Igualmente, el artículo 9 de la citada ley dispone lo siguiente:

“**Artículo 9º.-** Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera, cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos, sólo podrán ser provistos en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con empleados de carrera.”

De lo expuesto, advierte el Despacho que el nombramiento en provisionalidad surge de la vacancia temporal o permanente de un cargo de carrera administrativa, siempre y cuando no exista la posibilidad de designar en encargo a un funcionario de carrera que cumpla los requisitos, por tal razón, es posible afirmar que dicho tipo de nombramiento es residual del encargo. Igualmente, se evidencia que la designación por encargo o en provisionalidad por vacancia definitiva del cargo está condicionada y supeditada en el tiempo, pues dicho nombramiento se efectúa mientras se agota el respectivo concurso de méritos que permita proveer el empleo de manera definitiva o en su defecto cuando el titular del cargo. En tratándose de vacancia temporal del cargo el encargo y la provisionalidad terminaran cuando el titular del empleo haya superado la situación administrativa.

Los anteriores postulados fueron recogidos por los artículos 24²⁰ y 25²¹ de la Ley 909 de 2004. Sin embargo, encuentra el despacho que existe una diferencia sustancial

²⁰ ARTÍCULO 24. ENCARGO. *Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, y una vez convocado el respectivo concurso, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados de tales empleos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño sea sobresaliente. El término de esta situación no podrá ser superior a seis (6) meses.*

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior que exista en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando reúna las condiciones y requisitos previstos en la norma. De no acreditarlos, se deberá encargar al empleado que acreditándolos desempeñe el cargo inmediatamente inferior y así sucesivamente.

Los empleos de libre nombramiento y remoción en caso de vacancia temporal o definitiva podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño. En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

²¹ ARTÍCULO 25. PROVISIÓN DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. *Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos*

entre la Ley 443 de 1998 y la Ley 909 de 2005, pues en esta última por regla general, el nombramiento en provisionalidad sólo puede efectuarse para proveer vacantes de manera temporal, dado que en tratándose de vacantes de carácter definitiva solo procede el encargo.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ha señalado que el nombramiento en provisionalidad de ninguna manera puede conllevar los derechos que otorga la carrera administrativa, sino que por el contrario, es temporal y precario, sin embargo, tienen un fuero de estabilidad relativo, en el sentido que el acto administrativo debe motivarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y en la ley. En efecto, dicha corporación en sentencia del 04 de abril de 2008, señaló:

*“Es reiterado el criterio jurisprudencial del H. Consejo de Estado, en esta materia, según el cual, si quien es nombrado en provisionalidad accede a esa condición por libre nombramiento del nominador, sin procedimiento alguno especial, ni motivación, su remoción, siempre que medien razones del buen servicio, sigue la misma suerte. Cuando estamos frente a un nombramiento provisional, para cuyo ingreso no medió el concurso público de méritos, no puede exigirse respeto de las normas de carrera ni estabilidad alguna, **tampoco que su remoción esté precedida por la ritualidad de la desvinculación reglada para los empleados de carrera, que sí tienen un relativo fuero de estabilidad en los términos legales y su 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 y en la ley.**”²² (Énfasis agregado).*

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia C-279 de 18 de abril de 2007, M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, respecto de la motivación de insubsistencia de un funcionario que se desempeñaba en provisionalidad, indicó:

“(…) - Dada la restricción establecida para la discrecionalidad del nominador en lo relacionado con los nombramientos en provisionalidad, la Corte ha entendido que los servidores en condiciones de provisionalidad gozan de una cierta estabilidad que la jurisprudencia ha denominado como intermedia. Así, el funcionario que ocupa cargos en provisionalidad no goza de la estabilidad laboral que ostenta un funcionario de carrera, pero tampoco puede ser desvinculado como si su nombramiento se tratara de uno de libre nombramiento y remoción²³. Por lo tanto, la estabilidad de un funcionario nombrado en provisionalidad se concreta en que al ser desvinculado se le indique específicamente las razones de su declaración de insubsistencia.

- Igualmente, la Corte ha sido enfática en determinar que los actos en que se decide la desvinculación de los servidores en provisionalidad deben contener

serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.”

²² Sentencia de 04 de abril de 2008, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, M.P. Amparo Oviedo Pinto, Exp.: 2004-09204, Actor: Yaneth Maritza Najjar Monroy.

²³ Ver, entre otras, las sentencias T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; C-734 de 2000 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-519 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; T-610 de 2003 MP: Alfredo Beltrán Sierra. T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-660 de 2005 MP: Jaime Córdoba Triviño.

las razones del servicio por las cuales se separa del cargo al funcionario. Si bien el nominador cuenta con un cierto grado de discrecionalidad, ésta no puede convertirse en arbitrariedad. Por eso, los motivos de interés público que fundamentan la desvinculación deben ser explicitados para garantizar el derecho al debido proceso de la persona desvinculada²⁴. Así, la discrecionalidad del nominador solo puede atender a razones de interés general atinentes al servicio prestado por el funcionario habida cuenta de sus responsabilidades en la entidad, dentro de las cuales la Corte ha mencionado las razones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto. Por supuesto, la razón principal consiste en que el cargo va a ser ocupado por un funcionario que ha participado en un concurso de méritos y ocupado un lugar en dicho concurso que lo hace merecedor del cargo²⁵. (...)” (*Énfasis agregado*).

Dicho lo anterior, procede el Despacho, a revisar los elementos probatorios del caso en particular.

3. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debate la legalidad de los fallos de primera y segunda instancia, proferidos dentro del Proceso Disciplinario N°. 064-12-2015, por medio de los cuales se impuso al señor Humberto Puello Puerta la sanción de suspensión por el término de 1 mes sin derecho a remuneración.

Así las cosas, y a fin de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho abordará el análisis del caso resolviendo los cargos en los que el demandante sustenta sus pretensiones.

24 En la sentencia T-081 de 2006 MP: Alfredo Beltrán Sierra se reiteró la anterior posición y se recordó la jurisprudencia que así lo ha establecido desde tiempo atrás: “Para la Corte, si bien la Constitución otorga esta facultad al Fiscal General de la Nación, no debe desconocerse que dicha potestad no puede ejercerse sino “de conformidad con la ley” y aunque es discrecional no debe interpretarse como arbitraria. Al respecto en sentencia C-031 de 1995 se dijo:

“No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.

Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. Tanto es así, que en los sistemas jurídicos más perfectos se ha introducido el recurso contencioso-administrativo por desviación de poder contra aquellos actos discrecionales de la administración en que el agente de la administración se aparta de la finalidad del buen servicio a la colectividad y a los fines propios del Estado de derecho, que de conformidad con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una de las causales de procedencia de la acción de nulidad de los actos administrativos.”

25 Sentencia T-1310 de 2005 MP: Álvaro Tafur Galvis: “En efecto, la desvinculación por parte de la administración sólo procede por motivos disciplinarios, baja calificación o porque se convoque a concurso para llenar la plaza de manera definitiva, con quien obtuvo el primer lugar.” A su vez la sentencia T-222 de 2005 MP: Clara Inés Vargas Hernández dijo: “La Corte ha precisado que un empleado o funcionario de carrera sólo puede ser desvinculado por razones disciplinarias, calificación insatisfactoria o por otra causal previamente descrita en la ley. Así, la ley exige que el acto mediante el cual se desvincula a un empleado o funcionario de un cargo de carrera administrativa o judicial debe ser motivado.” Ver, entre otras, sentencias; T-800 de 1998 MP: Vladimiro Naranjo Mesa; T-884 de 2002 MP: Clara Inés Vargas Hernández; T-1206 de 2004 MP: Jaime Araujo Rentería; y T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra.

a) Compatibilidad de del ejercicio de la profesión de abogado y la función pública.

Como se anotó con anterioridad, el artículo 6º de la Constitución Política determina que los funcionarios públicos son responsables por incumplir la ley y la constitución, además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Con fundamento en ello, y en el elemento de subordinación de las relaciones laborales, la administración puede exigir a sus funcionarios o exfuncionarios el cumplimiento de ciertas obligaciones, deberes o normas, o por el contrario puede prohibir ciertas actividades que resulten incompatibles con el ejercicio de la función pública. De modo que, ante el incumplimiento de ello la administración puede adelantar un proceso disciplinario en contra del funcionario, cuyas únicas finalidades es la corrección y la prevención.

El artículo 24 de la Ley 734 de 2002, indica que constituye falta disciplinaria

“la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.” (Énfasis agregado).

La incompatibilidad hace referencia a las actividades que no pueden ser ejercidas por el funcionario público durante la vigencia de la relación laboral de aquel con la administración. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-181 de 1997, resaltó que la incompatibilidad es

“una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”

Respecto de las incompatibilidades los artículos 36 y 38 de la Ley 734 de 2002, establecen lo siguiente:

“ARTÍCULO 36. INCORPORACIÓN DE INHABILIDADES, IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y CONFLICTO DE INTERESES. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Se entienden incorporadas a este código las inhabilidades, impedimentos,

incompatibilidades y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.” (Énfasis agregado)
(...)

“ARTÍCULO 39. OTRAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:

a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;

b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

2. Para todo servidor público, adquirir o intervenir directa o indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia. Esta prohibición se extiende aun encontrándose en uso de licencia.”

A su turno, el artículo 48 de la Ley 734 de 2002 – faltas gravísimas, en su numeral 17, determina que constituye una falta disciplinaria actuar a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad.

De acuerdo a lo expuesto, se encuentra que no le asiste la razón a la parte actora, pues el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007²⁶ - incompatibilidades-, determina que el ejercicio de la abogacía es incompatible con la calidad de servidor público, salvo cuanto por la naturaleza de la función le esté permitido. El demandante al fungir como asesor jurídico de la empresa Ingeniería ARM Ltda., incurrió en la incompatibilidad contemplada en el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, y por contera en la falta gravísima prevista en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

De otra parte, los argumentos del demandante al interior del proceso disciplinario hacen referencia a no ejercer como apoderado o litigar en favor de la empresa Ingeniería ARM Ltda. No obstante, se destaca que el artículo 19 de la Ley 1123 de

²⁶ “ARTÍCULO 29. INCOMPATIBILIDADES. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: (...) 1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones”.

2007, establece que son destinatarios de esa ley (Código Disciplinario del Abogado) los abogados que *“ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de **asesorar**, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas (...) en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas (...)”*.

Así, la incompatibilidad referida en el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 no es aplicable solamente por ejercer el litigio, también lo es por asesorar, siendo este el propósito de la vinculación del demandante con la empresa Ingeniería ARM Ltda. Empero, la certificación emitida por el representante legal de la referida compañía evidencia que el demandante entre otras coadyuvaba en la presentación de demandas y denuncias que se adelantarán en contra de Ingeniería ARM Ltda.

Igualmente, en el recurso de apelación desatado contra el fallo disciplinario de primera instancia, la parte actora sostiene que los cargos ejercidos por el señor Humberto Puello desarrollados eran de carácter técnico y auxiliar, por lo que no era susceptible de aplicársele las incompatibilidades previstas en los artículos 19 y 29 de la Ley 1123 de 2007.

Sobre el punto en comento, es preciso indicar que la incompatibilidad señalada en el numeral primero del artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, hace referencia a todos los “funcionarios públicos”, sin distinción alguna respecto del grado jerárquico de su empleo. Ello permite inferir, que la incompatibilidad tiene como sujeto activo a todos los funcionarios públicos que en su calidad de abogados ejerzan la abogacía; salvo a aquellos a los cuales la misma norma excluye de su aplicación.

En consecuencia, se encuentra que el ejercicio de la abogacía es incompatible con el ejercicio de la función pública, salvo que se encuentre dentro de los supuestos normativos para ser eximido, situación que no demostró el demandante; razón por la que la incompatibilidad establecida en el numeral 1º del 29 de la Ley 1123 de 2007, le era atribuible, al estar fungiendo como abogado en otra entidad del sector privado.

b) Fallo de segunda instancia – No determinación del cargo o empleo.

Advierte la parte actora que la el fallo de segunda instancia no determinó el cargo o empleo respecto del cual debía materializarse la sanción, por lo que resultaba imprecisa lo que conllevó a adoptar decisiones erróneas.

Sobre el particular, se resalta que los artículos 44 y 45 de la Ley 734 de 2002, establecen las clases de sanciones y sus definiciones, así:

"ARTÍCULO 44. CLASES DE SANCIONES. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

- 1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*
- 2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.*
- 3. Suspensión, para las faltas graves culposas.*
- 4. Multa, para las faltas leves dolosas.*
- 5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.*

PARÁGRAFO. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

ARTÍCULO 45. DEFINICIÓN DE LAS SANCIONES. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2021, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019>

La destitución e inhabilidad general implica:

- a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o*
- b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución Política, o*
- c) La terminación del contrato de trabajo, y*
- d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera.*

2. La suspensión implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria y la inhabilidad especial, la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

La multa es una sanción de carácter pecuniario.

La amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la hoja de vida.

Si al momento del fallo el servidor público o el particular sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en período diferente, deberá comunicarse la sanción al representante legal o a quien corresponda, para que proceda a hacerla efectiva." (Énfasis agregado)

De acuerdo a lo expuesto, se evidencia que la sanción de suspensión recae respecto del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria. En tratándose de una conducta continuada, como ocurrió en el caso objeto de debate, la imposición de la sanción debe realizarse en el cargo que ejercía el disciplinado el día del último acto.

Así las cosas, se tiene que el fallo de segunda instancia hace referencia no es impreciso al determinar el cargo respecto del cual recae la sanción disciplinaria. Al contrario, en fallo de segunda instancia determinó de manera clara y precisa los cargos respecto de los cuales se originó la falta disciplinaria. Allí se indicó que durante el tiempo que se configuró la falta disciplinaria (de ejecución continuada); esto es, desde el **06 de agosto de 2014 hasta el 09 de julio de 2015**; el demandante ocupó los siguientes cargos: Desde el 06 de diciembre de 1996 se desempeña como funcionario de carrera administrativa en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044 Grado 20, siendo encargado de Técnico Administrativo Código 3124, Grado 14, desde el 04 de mayo de 2014 hasta el 18 de agosto de la misma anualidad.

De acuerdo a lo expuesto, para el día de la realización del último acto sancionable, esto es, el día 09 de julio de 2015, el demandante se venía desempeñando en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044 Grado 20, cargo respecto del cual tiene derechos de carrera administrativa. De ello se infiere que, contrario a lo afirmado por la parte actora, el fallo de segunda instancia determinó con claridad el cargo respecto del cual recaía la sanción disciplinaria, comoquiera que estableció los periodos de tiempo de ejecución de la conducta y los cargos ejercidos por el demandante en dicho periodo, siendo el último de ellos el de Auxiliar Administrativo, Código 4044 Grado 20.

c) Terminación del encargo – acto de ejecución – recursos.

De acuerdo a lo antes expuesto, la sanción disciplinaria impuesta al demandante debía ejecutarse respecto del cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044 Grado 20. No obstante, a la fecha de ejecución de la sanción el señor Humberto Puello se desempeñaba en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044 Grado 9, en encargo.

Así las cosas, para materializar la sanción disciplinaria la entidad demandada debía terminar el encargo efectuado al señor Humberto Puello respecto del cargo de Profesional Universitario, Código 2044 Grado 9, y en su lugar, debía imponerse la sanción en el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044 Grado 20, situaciones que fueron llevadas a cabo mediante la Resolución N° SSPD-20175240230345 del 27 de noviembre de 2017. En efecto, el citado acto administrativo, contiene varias decisiones, por tanto, debe analizarse cada una de ellas de manera independiente, a fin de determinar si el acto acusado vulneró el ordenamiento jurídico.

En primer lugar, como anteriormente se manifestó, a fin de dar cumplimiento a la sanción disciplinaria impuesta al actor la entidad demandada tenía necesariamente que terminar el encargo al actor, bajo el entendido que la sanción debía aplicarse respecto del cargo que ejerció al momento de la conducta reprochada, esto es, el cargo de Auxiliar Administrativo, Código 4044 Grado 20.

Respecto de la terminación del encargo, recuerda este juzgador que, según lo previsto en el artículo 2.2.5.3.4., del Decreto 648 de 2017; antes de vencerse el término de duración del encargo o de su prórroga, es posible que el nominador lo dé por terminado mediante resolución motivada aduciendo, entre otras causales la pérdida de los requisitos que dieron lugar a aquel, como lo puede ser la calificación insatisfactoria, la imposición de la sanción de suspensión o pérdida de derechos de carrera administrativa.

De tal modo, la decisión de terminación del encargo se considera un acto administrativo definitivo, en tanto que pone fin a una situación administrativa de orden laboral, razón por la cual, además de requerir motivación²⁷, es necesario que contemple la posibilidad de ejercer el derecho de defensa a través de interposición de recursos.

La Resolución N° SSPD-20175240230345 del 27 de noviembre de 2017, respecto de la terminación del encargo fue motivada con suficiencia. Ello, bajo el entendido que, según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 906 de 2004, para que proceda el encargo el funcionario, entre otros requisitos, debe tener derechos de carrera administrativa y no haber sido disciplinariamente en el último año.

²⁷ Según lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia SU-917 de 2010, la terminación de un nombramiento provisional, o en su defecto del encargo, es necesario que se motive el acto administrativo, siendo necesario que aquella esté relacionada, entre otras, con la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo o la imposición de sanciones disciplinarias. En tratándose del encargo, la exigencia de motivación es mucho más rigurosa, toda vez que dicha situación administrativa recae sobre un funcionario de carrera administrativo

En consecuencia, la existencia de una sanción sobreviniente al encargo es una motivación más que suficiente para dar por terminado el encargo, bajo el entendido que uno de los requisitos para ser nombrado, y por tanto, permanecer en encargo es no tener sanciones disciplinarias.

De otra parte, se observa que la entidad demandada no concedió recurso alguno que le permitiera al señor Humberto Puello cuestionar la decisión de retiro; sin embargo, ello no genera ningún tipo de nulidad del acto administrativo, toda vez que ante la falta de oportunidad de interposición de recursos es procedente demandar directamente el acto administrativo ante la jurisdicción contenciosa, de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero del artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁸.

Finalmente, se tiene que la Resolución No. SSPD-20175240230345 del 27 de noviembre de 2017, conlleva un acto administrativo de ejecución, en tanto que materializa la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo al señor Humberto Puello Puerta.

Decisión.

En conclusión, se encontró demostrado que los consecuentes fallos de primera y segunda instancia adoptados dentro del proceso disciplinario adelantado en contra del señor Humberto Puello Puerta, se ajustaron al debido proceso y derecho de defensa. Asimismo, el acto administrativo de ejecución y del acto que dio por terminado el nombramiento en encargo se ajustaron a la normatividad, toda vez que fue debidamente motivado, a pesar que la administración no concedió recurso alguno que permitiera al actor ejercer el derecho de contradicción, sin que dicha falencia constituya causal de nulidad del acto administrativo, pues ante ello el demandante tuvo la oportunidad de demandar directamente el acto administrativo.

En consecuencia, se evidencia que los actos administrativos acusados no incurrieron en las causales de nulidad allegadas por la parte accionante, por ello, la presunción de legalidad que sobre aquel recae permanecerá incólume, y en tal sentido, las pretensiones de la demanda deberán desestimarse.

²⁸ CE, SCA, S4, sentencia de 13 de julio de 2017, Rad. No. 54001233100020120009201 (22184).

Condena en costas.

Con relación a la condena en costas y agencias en derecho, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, señala que *"salvo en los procesos en los que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas y agencias en derecho, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso"*²⁹.

La norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de *"disponer"*, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia.

Si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011, no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, *"teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes"*, también lo es que la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, no impone la condena de manera automática, frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores, tales como, la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada.

La anterior interpretación se ajusta a lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, el cual señala que la condena en costas se impone en los procesos y actuaciones posteriores a aquellos *"...en que haya controversia..."* y *"...sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."*

Así que de conformidad con lo previsto en los artículos 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 365 del Código General del Proceso, no se condenará en costas (gastos del proceso y agencias en derecho) en esta instancia, comoquiera que no se observa y verifica una conducta de

²⁹ Artículo 366 "Liquidación. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas:
(...)

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.
(...)

mala fe que involucre abuso del derecho, como tampoco se encuentran probadas en el proceso.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Seis Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA

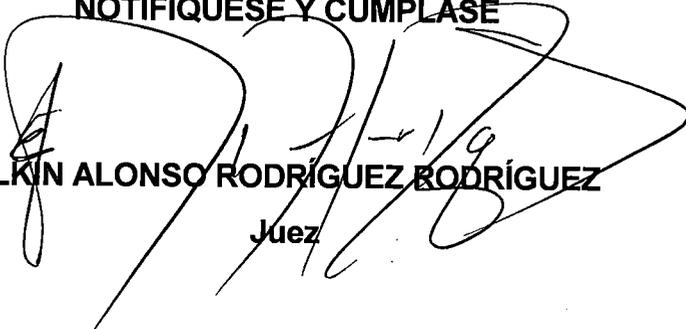
PRIMERO. DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. No condenar en costas, conforme se advierte en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Notifíquese personalmente esta decisión a la Procuraduría Judicial Delegada ante esta Dependencia Judicial.

CUARTO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente, previa devolución del remanente de los dineros consignados para gastos del proceso en caso que lo hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ELKIN ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Juez

