



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veintitrés (23) de Febrero de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: *Nulidad y Restablecimiento del Derecho*
Radicación: *152383333751-2015-00340-00*
Demandante: *LUZ DARY CALDERÓN OLMOS*
Demandado: *Municipio de Sogamoso*

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver de fondo¹ mediante Sentencia de primera instancia el proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A. la señora LUZ DARY CALDERÓN OLMOS por intermedio de apoderado solicita se declare la nulidad los siguientes actos administrativos.

- Resolución No. 554 de 18 de abril de 2011 expedido por el Alcalde Municipal de Sogamoso en la cual se establecen los factores de aplicación en la evaluación de desempeño laboral para acceder a Nivel Sobresaliente de la Evaluación del Desempeño laboral para el periodo comprendido entre el 1 febrero de 2014 al 31 de enero de 2015 por parte de la demandante en el cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 06 de la planta global de la Alcaldía Municipal de Sogamoso
- Resolución 031 del 8 de abril de 2015 proferida por la Secretaria de Salud y de Seguridad Social del Municipio de Sogamoso con la cual se resuelve Recurso de Reposición respecto de la evaluación de desempeño de la demandada.
- Declarar la extemporaneidad de la Resolución 1131 de 20 de agosto de 2015, proferida por el Alcalde de Sogamoso mediante la cual confirmó la evaluación del desempeño laboral de la accionante y negó por improcedente el recurso de apelación.

Como consecuencia de lo anterior, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se realice una evaluación objetiva del desempeño laboral de la parte actora y que de acuerdo a los documentos obrantes se le reconozca un puntaje Sobresaliente, con mínimo dos factores de cumplimiento, caso en el cual pretende que se concrete el derecho preferencial de encargo al empleo de Profesional Especializado Código 222 Grado 08 y se ordene el reconocimiento y pago de las diferencias de sueldos, prestaciones sociales y aportes pensionales debidamente indexados por efectos del derecho a acceder del encargo de dicho empleo vacante , durante el año 2015. (fls. 932 a 934)

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (fls. 5 a 18 y 932 a 956):

Indica la demanda que la Alcaldía de Sogamoso publicó desde 5 de noviembre de 2014 el estudio de verificación de requisitos para el encargo de Profesional Especializado Código 222 **Grado 08**, conceptuando el derecho preferencial de la funcionaria LUZ DARY CALDERÓN OLMOS y que pasados once (11) meses no se realizó el encargo, pese a cumplir los requisitos de evaluación del desempeño de Nivel Sobresaliente puntuado en el 99,5% y el cumplimiento de cuatro (4) factores para la calificación del desempeño laboral para el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2013 a 31 de enero de 2014.

Manifiesta la accionante, que el Municipio se ha negado en reiteradas ocasiones a proveer el encargo y que ha dado varias respuestas evasivas a los derechos de petición presentados.

Indica que posterior a esto, se hizo la evaluación del periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2014 y el 31 de enero de 2015, la cual remarca como irregular. Que la evaluación del primer semestre hecha por la funcionaria SANDRA PATRICA HURTADO ORDUZ fue de 49%, y que con la llegada de una nueva evaluadora CLARA SOFIA SALAMANCA FONSECA fueron modificados los compromisos laborales, unas "horas antes" de realizar la evaluación final, incumpliendo así el artículo 10 del Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC.

Narra la accionante, que no obstante lo anterior la calificación fue del 46% para el segundo periodo del año acumulando una calificación definitiva del 96%, dando lugar al nivel Destacado, solo teniendo en cuenta un factor para acceder al Nivel Sobresaliente y no las evidencias aportadas, dejando de lado la calificación de por los menos (2) factores que le permitieran acceder al encargo, por lo cual interpuso recurso de reposición en contra la evaluación definitiva en razón a que la nueva evaluador consideró que solo cumplía con un (1) factor (*participar en grupos o actividades que requieren disposición voluntaria*) lo que no le permitía acceder a la calificación como Sobresaliente, resuelto mediante Resolución 031 del 8 de abril de 2015 expedido por la Secretaria de Salud de Sogamoso, que confirmó la calificación de desempeño, por lo que la demandante interpuso recurso de apelación.

Manifiesta que en la calificación de desempeño enjuiciada se aplicó la Resolución 554 de 2001 del municipio de Sogamoso (fl.792-793), la cual no es oponible en este caso porque no corresponde a la vigencia de la evaluación y por incumplir lo señalado en el artículo 4 del Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC. Que a pesar de esto la evaluadora les dio a escoger para el periodo en comento, los dos factores conforme a esa norma inaplicable- respecto de los cuales se iba a establecer el Nivel Sobresaliente, los cuales fueron 1. Calidad y oportunidad y 2. Iniciativas tendientes a acciones proactivas, indicado que de común acuerdo con la evaluadora, dar aplicación a dicha normativa para establecer dichos factores.

De otro lado afirma que la evaluadora no hizo el respectivo seguimiento al cumplimiento de los factores, con el fin de establecer observaciones a los compromisos laborales y de los factores para acceder al Nivel Sobresaliente de ser el caso y además no se plantea ningún plan de mejora, lo que indicaría la falta de seguimiento y control por parte de la respectiva evaluadora.

Resalta que de acuerdo a la función que adelantaba la demandante, es evidenciable que cumplía con CALIDAD y OPORTUNIDAD su labor, razón por la cual obtuvo dicha calificación, sin embargo en la verificación de los factores del Nivel Sobresaliente solo en un factor se estableció que CUMPLE y en los demás NO CUMPLE sin que exista razón para esto.

De igual manera enfatiza, que de la evaluación de los compromisos comportamentales también se podía haber advertido el cumplimiento del segundo factor de calificación “*aportes, propuestas o iniciativas adicionales*”.

Insiste en que publicado el estudio del derecho preferencial al encargo el 5 de noviembre de 2014 y trascurridos 11 meses, le fue notificada el 21 de septiembre de 2015 la Resolución No. 1131 de 20 de agosto de 2015 por la cual confirmó la Evaluación de Desempeño y negó por improcedente el recurso de Apelación, acto que es extemporánea debido a que le recurso se interpuso 5 meses y 7 días antes.

Finaliza informado que el Municipio decidió proveer el cargo mediante Resolución No. 1559 del 17 de noviembre de 2014, en contravía de los derechos que tendría la demandante de no presentarse una evaluación “*amañada*”, como la demanda.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, se transgredieron las siguientes disposiciones: Artículos 2, 6, 13, 25, 29, y 53 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 38 de la Ley 909 de 2004, Acuerdo 017 del 22 de enero de 2008 de la CNSC, artículo 3 Parágrafo del literal v) numeral 4.2.2 Artículo 4 numeral 3 del 5.2 Artículo 5 numeral 4 del 5.5 del Artículo 5, numeral 4 artículo 10, literal h numerales 2 y 4 del artículo 10 del Acuerdo 137 del 14 de enero de 2010 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, inciso 1 del artículo 86 del C.P.A.C.A. y la Ley 734 de 2002.

Plantea que existe violación conforme el artículo 137 del C.P.A.C.A., “*por la negación del encargo del empleo vacante, previa verificación por el alcalde y la secretaría general de cumplir los requisitos de estudio y experiencia de la parte actora*”

Acusa que existe violación a las normas por irregular calificación de la evaluación de desempeño de 1 de febrero de 2014 a 31 de enero de 2015 por la Secretaria de salud local y seguridad social de Sogamoso, como evaluadora, en razón a que la nueva evaluadora debió ajustar los compromisos laborales al ingreso al cargo y no fueron socializados; por lo que evaluación se adelantó con unos compromisos que no cumplían con los parámetros de objetividad, debiendo hacerse conforme las normas precitadas. Que la demandante no pudo acceder al nivel Sobresaliente, por cuanto la Evaluadora desconoce el segundo factor de cumplimiento a pesar de la existencia de las senadas evidencias, inexistiendo un seguimiento a las supuesta falencias reconocidas en el acto administrativo que negó la reposición, por cuanto no se determinaron nunca acciones de mejora.

Asimismo indica, que existe contradicción en la evaluación y la calificación de los factores para acceder al nivel Sobresaliente, en razón a que cumple con dichos verbos relacionados directamente con los factores del nivel sobresaliente, pero se establece en le evaluación definitiva que no cumple con los mismos, contradicción que hace que el acto sea irregular. Recalca que similar sucede con el factor de calidad y oportunidad, que desconoce la administración para acceder al nivel Sobresaliente, pero que se destacó en el texto de la evaluación del desempeño laboral siendo inconsistente una y otra; por lo que agrega una falsa motivación, en el entendido que las resoluciones deben ser motivada verazmente.

Agrega que la Resolución No. 554 de 18 de abril de 2011 (fl.792-793) por la cual se fijaron los factores para acceder el Nivel Sobresaliente de los funcionarios del Municipio de Sogamoso, fue expedida conforme el artículo 4 del Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC por lo que se debía expedir un nuevo acto administrativo antes del 1 de abril de cada año, razón por la cual dicho acto no estaba vigente para ser aplicado en la evaluación del desempeño laboral de la demandante. Sin embargo los funcionarios asumieron este de buena fe, la vigencia de tal acto, según su propio dicho.

Destaca que la evaluación desconoció el formulario establecido, inaplicado los factores existentes que evidenciaban el desempeño laboral de la demandante.

En síntesis las causales de anulación se derivan de infracción a las normas en que deben fundarse, la falsa motivación, la expedición irregular y el desvío de poder.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **MUNICIPIO DE SOGAMOSO**. (fls. 975 a 986) contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante, señalando que el acto administrativo demandado se expidió conforme al ordenamiento jurídico, porque reúne las condiciones y elementos indispensables, por lo tanto es acto real y perfecto, mientras no se demuestre lo contrario.

Hace referencia al sistema de Evaluación de Desempeño Laboral aplicado al caso, indicando que la administración desde el 2011 mediante la Resolución 554 estableció los factores de aplicación en la evaluación de desempeño laboral para acceder al nivel sobresaliente, cuando hayan alcanzado el 95% o más de la escala de cumplimiento de compromisos laborales y demuestren que generan valor agregado a través del logro de algunos de los siguientes factores:

- *Por calidad y oportunidad*
- *Por aportes, propuestas o iniciativas adicionales*
- *Por iniciativas tendientes a acciones proactivas en las actividades que cumpla.*
- *Por participación y aprovechamiento de capacitación relacionada con las actividades propias del empleo y que generen un valor agregado para la entidad o dependencia.*
- *Por participación en grupos o en actividades que requieran disposición voluntaria.*
- *Por cumplimiento de competencias comportamentales.*

Señala que para la vigencia 1 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015, no se había definido los factores, por lo que estaba en vigencia la Resolución 554 de 2011.

Respecta al factor de *oportunidad*, indica que solo está demostrado el cumplimiento de las funciones por parte de la demandada y no la anticipación o la anterioridad con que cumplía las labores, sino que lo hacía sobre las fechas establecidas.

Frente al segundo punto, manifiesta se consideró que la demandante como funcionaria del Municipio de Sogamoso no iba más allá de sus compromisos laborales, que generara un cambio, que a su vez fuera medible o verificable por el evaluador y que hayan sido aportadas en el portafolio de evidencias, pues no se allegó portafolio de evidencias al respecto.

Además plantea que *“la situación jurídica de la demandante en la actualidad, supera las pretensiones de la litis”*, por cuanto fue nombrada desde el 1 de enero de 2016 mediante la Resolución 008 del 2 de enero de 2016 como Secretaria de Salud, devengando más del doble de la asignación para el cargo pretendido en encargo.

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial del Circuito de Duitama el 27 de noviembre de 2015 (fl.24) y fue remitida por competencia a este Despacho el cual avocó conocimiento del mismo el día 14 de marzo de 2016 (fl.905), por lo que mediante decisión calendada 6 de mayo de 2016 se inadmitió la demanda (fl. 920).

Subsanada la demanda, fue admitida mediante auto del 25 de julio de 2016 (fls. 965), por lo que se ordenó su notificación, cumplida el 11 de Agosto de 2016 (fl.969) y se corrió el correspondiente traslado para la contestación de la misma.

La audiencia inicial se adelantó el día 14 de marzo de 2017 (fl.1026- 1028) y el 15 de mayo de 2011 se dio inicio a la audiencia de pruebas (fl. 1045 a 1052) la cual fue continuada y finalizada el día 22 de septiembre de 2017 (fls. 1066-1068), disponiéndose en la misma prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y rindiera concepto respetivamente.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El **MUNICIPIO DE SOGAMOSO** (fl. 1070 a 1072) presentó alegaciones resaltando que de los testimonios recibidos dentro del expediente se puede indicar que la calificación de la señora CALDERÓN OLMOS se realizó en debida forma conforme el Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC.

Arguye que la demandante no allega pruebas necesarias para demostrar sus hechos y hacer validas sus pretensiones, ni dio impulso procesal a la prueba pericial, que orientaran sus pretensiones y que el Municipio si allegó testimonios que dan fe de la correcta evaluación de la demandante.

La parte demandante (fl. 1073 a 1074) por su parte presentó sus alegaciones, elevando los mismos argumentos de la demanda y su adición, destacando que los testimonios afirmaron que la calificación se realizó conforme a compromisos fijados al mismo momento de la calificación, siendo esto irregular.

Del testimonio de la evaluadora extrajo, lo siguiente: *“los compromisos se cambiaron, hubo reuniones previas a la evaluación, en la que Luz Dary Calderón como Coordinadora de Aseguramiento, una o dos semanas antes que se evaluaran, si concertó con ellos los compromisos y sobre ese se evaluaron y concertaron al final y sirvieron para la evaluación”*.

Considera que la administración no podía evaluar con base a un acto administrativo de años anteriores, de una administración anterior y con proyectos y metas de otro Plan de Desarrollo.

Finalmente señala que los formatos de evaluación no consignan ninguna anotación respecto del presunto incumplimiento de los deberes de la demandante LUZ DARY CALDERÓN OLMOS.

8. PROBLEMA JURÍDICO

Siguiendo el planteamiento señalado en la etapa de fijación del presente litigio, a partir del cual se determina el debate probatorio, el primer problema jurídico a resolver se contrae a determinar la legalidad, vigencia y aplicación de la Resolución No. 554 del 18 de abril de 2011 expedida por el Alcalde Municipal de Sogamoso, “*por medio de la cual se establecen los factores de aplicación en la evaluación de desempeño laboral para acceder al nivel sobresaliente*” en la evaluación de desempeño laboral de la demandante LUZ DARY CALDERON OLMOS para el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2014 a 31 de enero de 2015, respecto de la cual se acusa a la administración municipal omite cumplir el parágrafo del numeral 4.2.2. del Art. 4 del Acuerdo 137 de 2010 expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

El segundo problema jurídico asociado a resolver, se circunscribe a determinar si ante la presunta omisión de la administración municipal de fijar para el período de evaluación antes referido, tres factores de calificación para el acceso al nivel sobresaliente, puede establecerse que el evaluado fije los factores a calificar, caso en el cual se examinará cuales definió la demandante y en su caso si fueron cumplidos a fin de obtener una calificación sobresaliente.

Surge un tercer problema jurídico que debe ser resuelto, que se contrae a determinar si la evaluación de la demandante LUZ MERY CALDERON OLMOS, en calidad de empleada de carrera de nivel Profesional Especializada Código 222 *Grado 06* de la planta Global de la Alcaldía de Sogamoso, le asiste derecho preferencial a ser nombrada bajo la modalidad de *encargo* en el empleo Profesional Especializado Código 222 *Grado 08* de la misma planta, en consideración a la calificación sobresaliente y cumplimiento de los factores fijados para tal fin, durante el periodo de evaluación de desempeño laboral antes anunciado.

Caso en el cual, como consecuencia de lo anterior, se debe establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago indexado de diferencias salariales y prestaciones durante la vigencia 2015.

Para llegar a una decisión respecto del conflicto planteado el Despacho considera necesario realizar un análisis frente a los siguientes temas, a saber: *i)* La evaluación del desempeño laboral; *ii)* la naturaleza del encargo; *ii)* caso concreto, para que este último se resuelva de fondo el problema jurídico previamente planteado.

9. LA EVALUACIÓN DEL DESEMPEÑO LABORAL

La Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) es la entidad pública que tiene a cargo la administración y vigilancia del régimen de carrera de los servidores públicos, con excepción de los regímenes de carrera especial de origen constitucional.

A su vez todas las entidades y servidores públicos están obligados a evaluar y calificar a los empleados, con base en metodologías y parámetros previamente establecidos, conforme al Art. 40 de la Ley 909 de 2004, para lo cual las entidades desarrollarán sus sistemas de evaluación del desempeño, acorde con los criterios legalmente establecidos, que conforme al Art. 38 ídem permitan fundamentar un juicio objetivo sobre su conducta laboral y sus aportes al cumplimiento de las metas institucionales de forma anualizada, pero que incluya dos evaluaciones parciales, cuyos resultados se deben tener cuenta para ingresar o ascender en la carrera, conceder becas o comisiones de estudio, otorgar incentivos económicos u otros, planificar la capacitación y la formación y determinar la permanencia en el servicio.

A tal efecto, la CNSC desarrollará un sistema tipo, el cual actualmente se mantiene vigente el adoptado mediante Acuerdo No. 137 de 2010, el cual establece los siguientes instrumentos de evaluación:

4.2.1. Niveles de Cumplimiento. El cumplimiento en la evaluación del desempeño laboral se enmarcará dentro de los siguientes niveles:

1. Sobresaliente
2. Destacado
3. Satisfactorio
4. No Satisfactorio

4.2.2. Escalas de Calificación. La calificación de la evaluación del desempeño laboral del Sistema Tipo se adopta mediante dos escalas:

a) Escala de cumplimiento de los compromisos laborales. Ésta se encuentra definida en relación con los compromisos laborales fijados y con los siguientes intervalos a los cuales se les asigna un valor porcentual:

1. Nivel Destacado de 90% a 100%
2. Nivel Satisfactorio de 66% a 89%.
3. Nivel No Satisfactorio menor o igual al 65%

b) Escala para acceder al Nivel Sobresaliente. **El evaluado podrá acceder al nivel sobresaliente siempre y cuando haya alcanzado el 95% o más de la escala de cumplimiento de los compromisos laborales y demuestre que genera un valor agregado a través del logro de algunos de los siguientes factores, los cuales se evaluarán como Cumple o No cumple:**

1. Evaluación de la gestión por dependencias.
2. Por calidad y oportunidad.
3. Por aportes, propuestas o iniciativas adicionales.
4. Por iniciativas tendientes a acciones proactivas en las actividades que cumpla.
5. Por participación y aprovechamiento de capacitación relacionada con las actividades propias del empleo y que genere un valor agregado para la entidad o la dependencia.
6. Por participación en grupos o en actividades que requieren de disposición voluntaria.
7. Por cumplimiento de competencias comportamentales.

PARÁGRAFO. Cumplimiento de los factores. Para cada período anual de evaluación y antes del 1 de abril de cada año, la entidad deberá definir como mínimo la utilización de tres (3) factores de los antes enumerados para el acceso al nivel sobresaliente.

Cuando el evaluado alcance entre el 95% y el 99% de cumplimiento de los compromisos laborales fijados, para acceder al nivel sobresaliente deberá cumplir por **lo menos dos (2) de los factores definidos por la entidad.**

Cuando el evaluado alcance el 100% de cumplimiento de los compromisos laborales fijados, para acceder al nivel sobresaliente deberá cumplir por lo menos uno (1) de los factores definidos por la entidad.

En todo caso los evaluados podrán agregar valor a la gestión y resultados institucionales, mediante el cumplimiento de factores diferentes a los señalados para el período por la entidad; sin embargo, para acceder al nivel sobresaliente deberán hallarse dentro de lo previsto en los dos incisos anteriores. (Negrilla y subrayado del Despacho)

Conforme la normativa analizada, la evaluación del desempeño laboral se debe realizar conforme unos compromisos previamente definidos, los cuales pueden ser ajustados en los eventos que señala la misma norma, entre otros cuando se cambie al evaluador y además recalca los factores a tenerse en cuenta para el acceso al nivel sobresaliente.

Mediante Acuerdo No. 138 de 2010 la CNSC, se establecieron los criterios técnicos y legales que fundamentan el Sistema de Evaluación del Desempeño Laboral (EDL) de los empleados de carrera y en período de prueba y se determinan los elementos mínimos para su desarrollo, así el artículo 1 establece que el objetivo de la evaluación: *es un proceso administrativo de gestión individual y colectiva, que busca verificar, valorar y calificar el desempeño de un servidor en el marco del propósito principal, las funciones y responsabilidades del empleo, con condiciones previamente establecidas en la etapa de fijación de compromisos laborales y comportamentales, su aporte al logro de las metas institucionales generando valor agregado a las entidades.*"

Entonces con fundamento en las normas expuestas, los compromisos laborales y comportamentales en el período anual u ordinario, deben ser fijados entre el 1° y el 15 de febrero de cada año, salvo los casos de ajustes necesarios y reconocidos en la norma antes transcrita.

Ahora bien, en caso en el que no se emita el Acto Administrativo que defina los factores de acceso al nivel sobresaliente por parte de la Entidad, conforme a los criterios interpretativos de la misma CNSC, *el evaluado podrá acreditar cualquiera de los factores establecidos por a través del Acuerdo No. 137 de 2010, en los términos establecidos en el parágrafo de su artículo 4.2.2.* En este sentido, si el servidor público cuenta con el registro de evidencias que permitan documentar la existencia de aportes adicionales con miras a la posibilidad de acceder al nivel sobresaliente, se determinará el factor de cumplimiento.²

Es importante señalar que de acuerdo a las normas citadas y los pronunciamientos de la CNSC, el cumplimiento por sí solo de los compromisos laborales no garantiza la obtención de una calificación sobresaliente, *"por tanto el evaluado deberá exceder su propia expectativa y documentar las gestiones de su desempeño para que de una manera objetiva e imparcial, la valoración del desempeño laboral pueda ser catalogada como sobresaliente. En caso contrario, la calificación se limitará al nivel satisfactorio o destacado según el porcentaje de cumplimiento alcanzado"*.³

10. DE LA NATURALEZA DEL ENCARGO

El concepto de encargo se define por el Decreto 1950 de 1973 que en su artículo 34 señala: *"Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo"*.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano, prevé que la potestad para proveer mediante encargo los empleos en las entidades y organismos del Estado corresponde al respectivo nominador, según las necesidades del servicio y con sujeción a las siguientes disposiciones de la Ley 909 de 2004, actuación que debe ser congruente con las disposiciones especiales en las cuales se le reconoce un especial derecho a los funcionarios de carrera que han obtenido en el período de evaluación anterior, la calificación Sobresaliente, entre otras circunstancias.

² COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (2015) Recuperado de www.cnsc.gov.co/index.php/atencion-al-ciudadano/preguntas-frecuentes#8-14-14-¿qué-efectos-tiene-que-no-se-expida-el-acto-administrativo-que-establece-los-factores-de-acceso-al-nivel-sobresaliente

³ Ibídem

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 de carrera 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....”

A su turno el Decreto 1227 de 2005, indica en relación con el encargo:

Artículo 8°. *Mientras se surte el proceso de selección convocado para la provisión de los empleos, estos podrán ser provistos mediante encargo a empleados de carrera, de conformidad con lo establecido en la Ley 909 de 2004.*

*El término de duración del encargo no podrá ser superior a seis (6) meses, salvo autorización de la Comisión Nacional del Servicio Civil cuando el concurso no se hubiere culminado en el término previsto en el presente decreto, caso en el cual este se extenderá hasta que se produzca el nombramiento en período de prueba.*⁴

Se observa entonces que la norma ha establecido el **Encargo** como una de las situaciones administrativa en que se puede encontrar el empleado, también es cierto que las preceptos citados han establecido esta posición como un mecanismo de administración de personal y de movilidad laboral, que ha ido evolucionando a un derecho del funcionario de carrera siempre y cuando cumpla con todos los requisitos legales y sea haya establecido la necesidad del servicio, honrando así el sistema de mérito implantado en el país.

Es decir, que el derecho al Encargo es una situación administrativa **reglada**, que indica claramente que los cargos públicos deben ser agotados (mientras se suplen definitivamente- mediante concurso de méritos) con el funcionario de carrera que tenga el mejor derecho y cumpla con todos los requisitos establecidos en la ley para su otorgamiento.

Por esta razón la CNSC⁵, ha establecido que el Encargo se da frente a un sujeto calificado, que debe ser el funcionario de carrera que cumple con todos los requisitos de la norma en razón a que se ajusta al cumplimiento de los fines del cargo que se pretende proveer.

De acuerdo con los principios del sistema de méritos, no se podrá nombrar en provisionalidad para ocupar vacantes, sin que se agote como primera medida el procedimiento normado del Encargo, en el caso de la vacancia en los cargos públicos. Quiere decir esto, que el nominador no puede tomar decisiones discrecionales respecto de la provisión de los empleos, sino que bajo los límites y requisitos de la norma debe ceñirse al sistema de méritos y de carrera conformado en nuestra legislación.

⁴ Texto subrayado fue declarado nulo mediante fallo del Consejo de Estado 9336 del 12 de abril de 2012. Consejero Ponente: Dr. Alfonso Vargas Rincón.

⁵ COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC) 2013-05-28 concepto sobre la figura de encargo para la provisión de empleos de carrera - sala plena

De igual manera, las normas precitadas indican que el Encargo, no deja de ser un modo de provisión **transitoria**, pues no tiene vocación de permanencia en el tiempo, sino que comporta una situación *pro tempore* hasta por seis (6) meses (Art. 24 Ley 909 de 2004) que le da la ley y debe establecerse al momento de la concesión, a la espera que se supla de manera definitiva por el medio único aplicable, el concurso de méritos, pudiéndose extender hasta que este finalice, concretándose entonces como un derecho **precario**, pues siempre debe ceder al mecanismo definitivo de provisión de los empleos

Conforme al criterio de la CNSC plasmado en la Circular 05 del 23 de Julio de 2012 los presupuestos para que sea procedente el derecho a ser encargado, el servidor público en carrera administrativa, (art. 24 Ley 909 de 2004) son los siguientes:

- a) *El empleado de carrera “que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior” al que se pretende proveer transitoriamente;*
- b) *Que cumpla el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia;*
- c) *Que posea aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar,*
- d) *Que no tenga sanción disciplinaria en el último año y*
- e) *Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente.*

Ahora bien, se advierte entonces que no solamente el hecho de que el funcionario con derechos de carrera, tenga su calificación *sobresaliente* en la evaluación definitiva de desempeño, genera *per se* la adquisición plena del derecho por cuanto debe cumplir con otros requisitos, que debe analizar el nominador de forma objetiva, así la máxima autoridad en materia del empleo público (CNSC) ha señalado que no constituye un derecho para el evaluado, sino una decisión discrecional del nominador.

Por esta razón, los nominadores deben hacer una verificación de requisitos de los funcionarios de carrera que puedan ostentar el derecho, para así determinar sobre quien recae el derecho al Encargo, decisión sobre la cual existe la posibilidad de ser controvertida administrativamente. En el caso, de existir más de un funcionario con derecho preferencial para el Encargo, las entidades podrán establecer un concurso cerrado que defina dicha situación, en el que participaran quienes cumplan con los requisitos y cuenta en las aptitudes y habilidades para el otorgamiento del encargo.⁶

Es necesario proponer que las normas que rigen la situación administrativa del Encargo no exigen como obligación para llevar a cabo la verificación de los requisitos para su otorgamiento, que el empleado de carrera deba manifestar su interés al respecto, de tal manera le corresponde a la administración adelantar dicho estudio en el momento de presentar la respectiva vacante, con todos los funcionarios que pudiesen tener el derecho preferencial en estudio.

Establecido el servidor que ostenta el derecho preferencial para ser encargado, la administración está habilitada para adelantar las acciones tendientes a la concreción de la provisión transitoria⁷, por lo tanto éste derecho solo puede reclamarse cuando se verifique que ha sido designado en otro funcionario bajo la misma situación o mediante provisionalidad, para lo cual se puede acudir al procedimiento dispuesto en los artículos 12 y 16 Ley 909 de 2004 y Decreto 760/2005⁸

⁶ CNSC - Concepto emitido bajo radicado de salida 49540 del 20 de diciembre de 2012, en respuesta a consulta elevada mediante escrito radicado en la CNSC bajo número 56139 de 2012.

⁷ CNSC -Concepto 2013-05-28 concepto sobre la figura de encargo para la provisión de empleos de carrera

⁸ COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL- Criterio Unificado 25 de diciembre de 2015. Ponente Consejera (E) BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO

Es pertinente indicar, que el derecho al Encargo no solo se despliega en sus efectos para con el funcionario, sino igualmente para con la administración, pues esta debe definir por razones del servicio, la *inmediatez* de su provisión y así la determinación de los presupuestos del derecho que se adquiere, lo que no significa que el hecho de hacer la evaluación de los factores para conceder el Encargo de plano, no surge de forma automática el deber de la entidad a proveer el cargo⁹

De acuerdo a lo expuesto por la CNSC, el derecho preferencial del funcionario de carrera a ser encargado luego del cumplimiento de los requisitos de la norma, no significa que forzosamente la entidad tiene que proveer el cargo *ipso facto e ipso iure*, sino que tal decisión pende de que no haya oposición alguna, quedando la facultad discrecional a merced del caso o en este evento de las condiciones del empleado, que no exista funcionario en estas condiciones administrativas. De esto la Circular 05 de 2012, de la CNSC es serena al señalar que luego de surtido el proceso de verificación y corroborado el derecho preferencial del funcionario, la entidad **podrá** concretar la provisión transitoria por encargo (Ver numeral iv), estableciendo en ese sentido un procedimiento en caso tal que se produzca acto administrativo de nombramiento en encargo o provisional, en contravía del derecho preferencial, y no por el hecho de no hacer la provisión siendo esta discrecional del nominador.

11.CASO CONCRETO

De acuerdo con el CPACA la nulidad de los actos administrativos, sean estos generales o de contenido particular y concreto, es procedente, entre otras causales, cuando se expidan con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió¹⁰.

En el caso concreto, se encuentra demostrado que la señora LUZ DARY CALDERÓN OLMOS fungía como funcionaria de carrera administrativa del MUNICIPIO DE SOGAMOSO ocupando el cargo de Profesional Especializado Código 22 Grado 06, de igual manera se haya acreditado que luego del estudio de verificación de fecha 5 de noviembre de 2014 realizado por la Alcaldía Municipal de Sogamoso, ostenta el derecho preferencial a que le fuera conferido **encargo** del empleo denominado Profesional Especializado Código 222 Grado 08, como consta a folio 25 de la actuación, puesto que cumple con todos los requisitos exigidos por la norma, en los cuales está la evaluación del desempeño para el periodo del 1 de febrero de 2013 al 31 de enero de 2014, en el nivel *sobresaliente*.

Ahora bien, posteriormente a tales acontecimientos, se realiza nueva evaluación de desempeño (*fls. 40-44*), para el periodo correspondiente al 1 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015, la cual se plasma en formato respectivo (*obrante a folio 46*), el que le fue asignado un resultado total del 96% calificación definitiva, con posibilidad de acceder al nivel Sobresaliente, siempre que cumpliera los factores: “*Por participación en grupos o en actividades que requieren de disposición voluntaria*”. De lo cual se destaca las evidencias presentadas conforme los compromisos evaluados (*fl. 48*) y que allego con la demanda (*fls 49 a 775*).

⁹ COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (2015) Recuperado de www.cnsc.gov.co/index.php/atencion-al-ciudadano/preguntas-frecuentes#6-1-1-¿es-legal-que-una-entidad-inicie-el-proceso-administrativo-necesario-para-realizar-encargos-y-después-de-informarle-a-los-servidores-de-ello-decida-no-realizar-el-encargo

¹⁰ Artículo 137

En contra de la evaluación anterior, la demandante interpone recurso de reposición y en subsidio apelación, mediante escrito fechado del 23 de Febrero de 2015 (fls 776-777), el cual se sustenta en la posibilidad de acceder al Nivel Sobresaliente en razón a que cumplía además con el segundo factor de “Oportunidad y Calidad”, pues presentó la información que le correspondía “a tiempo y con calidad”, que adelantó sus obligaciones evitando sanciones para la Administración y que al ser auditada, cumplió con el 100% de la lista de chequeo.

Al factor de iniciativas tendientes a acciones proactivas, consideró cumplir el mismo por cuanto en los procesos que debía realizar con las EPS nuevas, permitió dejar saneado el Municipio en el año 2014; adicionando que la alimentación de la plataforma FUT, fue modificada para hacer un mejor proceso.

Al resolver el Recurso de reposición mediante la Resolución 031 del 8 de abril de 2015 (Fls. 778- 781), la administración señaló que a pesar de cumplirse con las metas, la funcionaria LUZ CALDERÓN no lo hacía con la antelación a los términos legales, sino en cumplimiento de los mismos y que en cuanto al segundo factor no se evidencia aportes, propuestas o iniciativas adicionales al evaluador y que las mismas deben ser medibles, pero no fue demostrado por la evaluada y por último indica que en lo que corresponde a la Secretaria de Salud, en el año 2014 alcanzó un cumplimiento 97% en su calificación y que ese factor no se tuvo en cuenta de acuerdo a lo establecido en la Resolución Municipal 554 del 18 de abril de 2011, para acceder al nivel Sobresaliente.

Se resalta que en la Resolución 1131 del 20 de agosto de 2015 (fls. 810 – 816), por la cual se decide el recurso de Apelación antes anotado, se indicó que la recurrente arguye su posibilidad de acceder al nivel Sobresaliente bajo el amparo de los siguientes factores “*por calidad y oportunidad*” y “*por iniciativas tendientes a acciones proactivas en las actividades que cumpla, los cuales deben ser útiles y aplicables para la entidad*”, acto en el que reitera los argumentos del *Ad-quem* administrativo, en lo que se señala que la recurrente no aportó evidencias que permitieran corroborar actividades que fueran más allá de la expectativa del cargo y de los compromisos pactados, concretando que los actos administrativos de evaluación fueron adoptados conforme la ley y las evidencias con que contaba la administración.

De otro lado, obra en el expediente copia de la Resolución No. 554 del 18 de abril de 2011 por la cual la Alcaldía Municipal de Sogamoso, establece los factores para que los servidores públicos de la administración central de la entidad, puedan acceder al Nivel Sobresaliente, entre los que se encuentran:

- *Por calidad y oportunidad.*
- *Por aportes, propuestas o iniciativas adicionales.*
- *Por iniciativas tendientes a acciones proactivas en las actividades que cumpla.*
- *Por participación y aprovechamiento de capacitación relacionada con las actividades propias del empleo y que genere un valor agregado para la entidad o la dependencia.*
- *Por participación en grupos o en actividades que requieren disposición voluntaria.*
- *Por cumplimiento de competencias comportamentales.*

Al respecto, el Despacho no encuentra que pruebas que indiquen que la demandante haya demostrado actividades que fueran más allá de los compromisos evaluados, es decir, la realización de tareas que superen las expectativas de su cargo u ofrezcan un valor agregado al servicio, que conforme a la norma, es a lo que hace referencia el nivel Sobresaliente y los factores determinados en el Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC (Numeral 4.2.2 literal b), tal como se explica en seguida.

- **Vigencia de la Resolución No. 554 de 18 de abril de 2011 del Municipio de Sogamoso**

Se establece de los documentos obrantes en el expediente, entre otros la enjuiciada Calificación Definitiva de la demandante correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015 (fls. 40 a 44) en la que se advierte que los factores para acceder al nivel Sobresaliente, se evalúa conforme los criterios de la Resolución 554 de 2011 del Municipio de Sogamoso (fl.792-793) y el Acuerdo 137 de 2011 expedido por la CNSC.

Conforme al mencionado Acuerdo 137 de 2011, el ente territorial demandado, para cada período anual de evaluación y antes del 1° de abril de cada año, debía definir como mínimo la utilización de tres (3) factores de los estipulados en la norma, para el acceso al nivel Sobresaliente, empero, no estableció un efecto jurídico determinado encaso que se omita tal imposición legal, es decir que nada señala en relación con la vigencia de los actos administrativos que se fundamenten en la fijación de tales factores, como tampoco indicó que serían carentes de validez, eficacia o vigencia en caso que al vencimiento de tales fechas y anualidades posteriores, no fueran fijados los factores, situación que sin dejar de lado la omisión de la administración, *per se* no desvirtúa la presunción de validez del acto expedido en el año 2011.

Valga resaltar que en las pretensiones de la demanda, se solicita la nulidad simple de la Resolución No. 554 de 2011 expedida por el Alcalde Municipal de Sogamoso, empero en el concepto de violación se aduce su inaplicabilidad en la evaluación de desempeño de los funcionarios del Municipio de Sogamoso para el periodo evaluado del 1 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015 y de manera concreta frente a la demandante, arguyendo que el acto administrativo por falta de vigencia en los términos del Art. 92 del CPACA

En principio, no podrá declararse la nulidad simple del acto acusado, puesto que se acusa un acto administrativo de contenido general, abstracto e impersonal, del cual se generaron y consolidaron efectos jurídicos y expectativas legítimas frente al universo de empleados de carrera que fueron evaluados con base en dicha norma, sin que a la postre, se hubiera demandado su vigencia a través del medio de control de simple nulidad, proceso en el cual se ventila su conformidad con el orden jurídico que lo fundamenta, no siendo procedente a través del medio de control en la medida que adicionalmente se aspira al restablecimiento de un derecho particular y concreto.

Bajo esta premisa, no se haya disposición alguna que indique que la falta de expedición de acto administrativo que fije los factores a cumplir para alcanzar el nivel *sobresaliente* en las anualidades siguientes al año 2011, comporten por sí solo la pérdida de vigencia del acto administrativo acusado, ora que el acto enjuiciado no indicó un límite de vigencia determinado.

De lo anterior, se desprende que la evaluación de desempeño de la funcionaria LUZ DARY CALDERÓN, no podrá señalarse nula por estar basada en la Resolución 554 de 2011 puesto que ésta conserva la presunción de legalidad de que goza y adicionalmente se itera no ha sido reprochada su obligatoriedad, pues no obra en el expediente, prueba de pronunciamiento, reclamación, rechazo o negativa previa de los evaluados a ser calificados con base en dicho acto administrativo, como bien lo permite el Acuerdo 137 de 2011 de la CNSC y el C.P.A.C.A.; *contrario sensu* si se probó el acatamiento y aprobación en su aplicación de dicho acto administrativo tanto por la evaluadora como por los evaluados.

En efecto, se pudo establecer que la evaluación realizada en el periodo anterior al que demanda en esta ocasión la demandante, que por cierto diera origen al aludido derecho preferencial publicado el 5 de Noviembre de 2014, se basó como se puede evidenciar a folio 899 en la Resolución municipal No. 554 de 2011, sin que en ese evento la demandante se haya opuesto a la calificación de los factores establecidos como sobresalientes, por el contrario, indicó cumplir cuatro de tales factores.

De otro lado como se exteriorizó *ut supra*, en caso de que no existiera pronunciamiento por parte de la administración frente a los factores para acceder al Nivel Sobresaliente, se podía acudir a los establecidos por la CNSC en el Acuerdo 137 de 2010, acorde a la formulación y aprobación del evaluado.

De la prueba el testimonial de la señora NANCY JUDITH MUNEVAR SEPULVEDA¹¹ funcionaria de la administración municipal de Sogamoso, frente a la pregunta respecto de los factores utilizados para acceder al Nivel Sobresaliente para el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2014 a 31 de enero de 2015 en la administración municipal de Sogamoso, indicó: *“Tengo entendido que pues la administración municipal debe hacer este proceso de forma anual, sin embargo la última Resolución, no recuerdo el número está hecha del año 2011 y creo solo hasta el año pasado la administración actual, hizo la tarea de escoger cuales eran los factores o de publicar cuales eran los factores que los Jefes tendrían en cuenta para hacer la evaluación”*.

En este mismo aspecto, el testigo JHON JADER GIRLADO¹² a pregunta de la parte demandante, reconoció que la evaluación del desempeño se adelantó de acuerdo con la Resolución del año 2011, por lo que destaca que ésta rigió no solo para el periodo *sub examine* acusado, sino que también se aplicó para las evaluaciones de los años 2012, fecha en la que manifiesta, ingresó a la administración municipal de Sogamoso y de igual manera para los años 2013, 2014, 2015 y hasta el 2016, cuando fue modificada. Indica que aceptó y accedió a ser calificado con dicho acto administrativo.

Con los testimonios arrimados, tampoco se puede establecer la ilegalidad del acto demandado bajo el supuesto de pérdida de vigencia, por cuanto aquellos reconocen como en el caso de la señora MUNEVAR, que dicha Resolución fue socializada y que el municipio de Sogamoso la aplicó, sin que ningún funcionarios la reprobada, situación que conlleva a aceptar que la fijación de los factores fue prorrogada en el tiempo por parte de la administración y además fue asentada por los administrados, hasta la expedición de un nuevo acto que la hubiere modificado o en su caso revocado o ratifique de forma expresa, lo cual es posible desde la óptica del principio de presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos.

La testigo mencionada en referencia a la pregunta de apoderado de la entidad demandada, respecto del conocimiento de la Resolución del 2011, señaló: *“No, yo lo que dije es que esa Resolución nos las dio a conocer la Doctora CAROLINA VARCARCEL finalizando el año 2011”*.

Si bien la vigencia de una norma no se supedita al acatamiento que realicen los administrados y destinatarios de la misma, es claro que la misma conserva su vigencia hasta tanto sea retirada del ordenamiento jurídico, por voluntad de la administración o por declaratoria judicial, caso en el cual tales efectos en el tiempo se predica que rigen hacia el futuro y no frente a situaciones consolidadas.

¹¹ Audiencia de Pruebas Min 00:07:25 fl. 1052

¹² Audiencia de Pruebas Min 00:50:49 fl. 1052

En gracia de discusión, si se admitiera la inaplicación de la Resolución 554 de 2011, no pude desconocer que dicha norma repite los contenidos del Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC, los cuales podrían ser ajustados, como un deber de la administración, empero frente a su omisión, por sí sola, no desaparece del orden jurídico, puesto que su base normativa conserva su vigencia y en este sentido es viable que la evaluado escoja el cumplimiento de al menos dos factores para acceder al Nivel Sobresaliente, puesto el resultado de evaluación no llegó al 100%, caso en el cual requiere cumplir un solo factor.

- **Cumplimiento de los factores del Nivel Sobresaliente**

Las normas de administración de carrera y en especial, las que rigen la evaluación del desempeño laboral (EDL), establecen un deber de doble vía para el evaluado y el evaluador, por cuanto en el momento en que el primero, no se esté conforme con la calificación, en todo caso, tiene la oportunidad legal de probar con las evidencias suficientes y necesarias para variar su calificación.

En este caso, encuentra el Despacho que la demandante cumplió efectivamente con sus compromisos laborales, por lo que su EDL fue ubicada en un **96%**, adquiriendo en principio el Nivel Destacado, tal como se puede derivar de los documentos allegados, vistos a folios 49 a 775 y de folios 821 a 885, los cuales permiten evidenciar el cumplimiento efectivo de las metas propuestas, lo que conlleva a que el evaluador analice los factores para acceder al Nivel Sobresaliente (*Calificación para aquellos funcionarios reservada bajo parámetros especiales que den valor agregado a lo normalmente ejecutado- Acuerdo 137 de 2010*)

En este entendido y previendo las normas que rigen el procedimiento, la demandante al no estar conforme con los criterios y la evaluación de los mismos para acceder al Nivel Sobresaliente, tiene la oportunidad de aportar en sede administrativa y ahora en sede judicial, los soportes que permitan establecer el grado de cumplimiento de tales factores, como señala el literal h del artículo 10 del Acuerdo 137 de 2010 es decir que: *demuestren que genera un valor agregado a través del logro de algunos de los factores.*

Es menester entonces ilustrar las diferencias que existen entre *Compromisos Laborales*, *Compromisos Comportamentales* y *los factores del Nivel Sobresaliente* conforme al pluricitado Acuerdo 137 de 2010

Compromisos Laborales. *Son productos, servicios o resultados susceptibles de ser medidos, cuantificados y verificados, que el evaluado deberá alcanzar en el período a evaluar.*

Compromisos Comportamentales. *Son los acuerdos relacionados con las conductas o comportamientos que debe poseer y demostrar el servidor público en el ejercicio de su labor encaminada al mejoramiento individual, que se reflejará en la gestión institucional*

Escala del Nivel Sobresaliente: *El evaluado podrá acceder al nivel sobresaliente siempre y cuando haya alcanzado el 95% o más de la escala de cumplimiento de los compromisos laborales y demuestre que genera un valor agregado a través del logro de algunos de los siguientes factores, los cuales se evaluarán como cumple o no cumple: (...) (Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

Aclarado que se tratan de elementos de la evaluación distintos, que refieren a objetivos y evidencias totalmente disimiles en que está incurso el funcionario evaluado, siendo los dos primeros correspondiéndole al *deber ser* del empleado

público, y el último a un comportamiento que va más allá de lo esperado en beneficio del servicio prestado; estos deben analizar de forma totalmente distinta y separada, pues el cumplimiento de uno no implica por sí solo el cumplimiento del otro (aunque puedan ser complementarios de la labor), y en mayor sentido cuando su origen, fundamento, objeto y resultado son heterogéneos, por lo que no se puede contraponer en su estudio al contexto de los preceptos que los fundamentan.

Ahora bien frente a los factores de la escala del Nivel Sobresaliente, la demandante señala cumplir con el factor avalado de "Calidad y Oportunidad" el cual sustenta en que presentó en término y sin errores la información a su cargo. Al respecto, se advierte que tal apreciación está por fuera del sentir de la norma, puesto que ésta busca ponderar que la actividad de la funcionaria se haya realizado de forma anticipada a lo que normalmente se actúa en cumplimiento de las funciones de los empleos públicos y en mejor forma de lo que se espera, sin embargo en el caso concreto, no obra prueba en el expediente que así lo acredite.

Valga resaltar que tener al día su labores encomendadas, como demuestra con los informes presentados obrantes en el expediente, no son suficientes para arrojar el calificativo superior al deber funcional la obligaba, pues dependida de la señora LUZ DARY CALDERÓN el cumplimiento estricto de su labor, la cual es de obligatorio cumplimiento conforme la Constitución y la ley; pero sí lo que esperaba era acceder al nivel Sobresaliente, debía demostrar que ejercicio actividades que mejoraran la prestación del servicio, siendo insuficiente la mera observancia de la mismas.

A *contrario sensu*, la demandante no hace la tarea que el proceso contencioso le impone, que es la de allegar debidamente especificados (como debió igualmente hacerse ante la evaluadora), en qué momento de su actuar como funcionaria pública generó valor agregado a su labor o a los procedimientos a su cargo, sino que se limita con aportar sendas copias de los soportes de su actuar normal, los cuales se itera le dan la calificación destacada, sin acreditar porque pudieran generar valor agregado, como tampoco de tales documentos se puede establecer la calidad de los asuntos asumidos durante su gestión en el periodo evaluado.

También es importante insistir, que para este factor no basta con señalar y demostrar que no faltó en el cumplimiento de los deberes que como funcionaria del Estado tenía la señora LUZ DARY CALDERÓN OLMOS, sino es menester arrimar elementos que permitan medir que tal cumplimiento de las metas de forma anticipada a lo esperado y con valor agregado.

La demandante, en varios apartes de la demanda señala actuar con calidad y oportunidad, pero siempre reconociendo que lo que hizo de forma ajustada a los parámetros de los sistemas y procesos que manejaba y agrega que no recibió sanción o rechazo alguno por parte de los receptores de estos, sin embargo se itera, tales actividades no son indicativas *per se* que se hubiere cumplido el factor de "Calidad y Oportunidad", que la misma norma establece a través de "*....a la entrega anticipada de los resultados o en términos inferiores a los legalmente establecidos satisfaciendo los requerimientos de los usuarios a través del mejoramiento en la prestación del servicio y en los productos obtenidos.*"¹³.

Para ilustrar esta conclusión, se analiza de manera concreta, que la información enviada en el mes de *Septiembre de 2014 se realizó en el dicho mes el día 1 de septiembre de 2014, con recibido el 21 de mismo mes generando relación de abonos*

¹³ CNSC -Acuerdo 137 de 2010. Art. 10 literal h No. 1

el 25 de septiembre de 2015¹⁴; situación que está dispuesta en sus compromisos y en sus obligaciones para con la administración (fls 40 a 48), mas no constituyendo factor adicional para su calificación (EDL) en el Nivel Sobresaliente.

En segundo lugar, frente al factor de “*Aportes, propuestas o iniciativas adicionales*” el Despacho debe pronunciarse en el mismo sentido, pues en menor medida del material obrante se puede verificar que la funcionaria CALDERÓN OLMOS haya creado, establecido o dispuesto alguna actividad adicional que: “*demuestren mayor economía, celeridad y realización, con elementos que enriquezcan y mejoren los parámetros establecidos, tanto en la dependencia como en la entidad.*”¹⁵ Sino que lo obrante en el expediente constata un cumplimiento de deberes funcionales dentro de parámetros de normalidad.

Para este asunto, la demandante mezcla el ítem de calificación para acceder al nivel sobresaliente con los *Compromisos Comportamentales* los cuales aducen a actitudes respecto del trabajo y frente a los compromisos en aplicación de los conocimientos, la planificación y la utilización de nuevas tecnologías en su desarrollo¹⁶; pero no hacen referencia a actuaciones que vayan más allá del simple compromiso funcional del empleado público.

Funda la demandante su afirmación sobre el cumplimiento de dicho factor en la actuación que desplegó frente a las *nuevas EPS, siendo Sogamoso uno de los únicos Municipios del Departamento de Boyacá que dejó saneado el 2014*¹⁷, situación que no trajo al conocimiento de la autoridad administrativa, pues no acreditó este hecho, con los medios probatorios pertinentes.

En este aspecto, no se puede establecer, por carencia de prueba apreciable, que la funcionaria CALDERÓN OLMOS, haya agregado en su actuar, un proceso que se implantará o se adicionara para el mejoramiento del sistema de gestión de calidad del Municipio de Sogamoso¹⁸ o cualquiera otro, ni para el mejoramiento del servicio, como tampoco que permitiera alimentar una solución o un mejor despliegue de la actuación administrativa en procura del cumplimiento de los fines del Estado, en este caso los establecidos en la Ley 1438 de 2011 la cual refiere a la administración del régimen subsidiario, entre otras, como aspecto relevante dentro del ámbito de su actuación como funcionaria.

Es claro para el Despacho, que conforme la Resolución No. 1393 del 16 de Septiembre de 2014, la Secretaria de Salud designó el equipo de trabajo, en este caso el seguimiento, vigilancia y control, accesibilidad y prestación del servicio al usuario y el cumplimiento de las obligaciones por parte de las EPS-S a la funcionaria LUZ DARY CALDERÓN OLMOS Profesional Universitario de esta sectorial (fls. 294 – 296), situación que corrobora que la funcionaria demandante ha dado cumplimiento a las funciones asignadas (fl. 345), con estricto rigor y acatamiento, pero no son suficientes para probar que logra implementación de nuevas estructuras en el actuar administrativo, que hicieran más eficiente y eficaz las actividades de la dependencia o de la entidad en la que se desempeña.

¹⁴ Libelo de la demanda fl. 945

¹⁵ CNSC - Acuerdo 137 de 2010. Art. 10 literal h No. 3

¹⁶ e) *Compromisos Comportamentales*. Son los acuerdos relacionados con las conductas o comportamientos que debe poseer y demostrar el servidor público en el ejercicio de su labor encaminada al mejoramiento individual, que se reflejará en la gestión institucional. Estos se incorporarán a la evaluación del desempeño, dentro de los tres (3) años siguientes a la publicación del presente Acuerdo, una vez la CNSC determine los estándares y parámetros que permitan una evaluación y calificación objetiva de los mismos.

¹⁷ Adición a la demanda Fl. 947

¹⁸ Decreto 4110 de 2004

De la misma forma indica con la demanda, como lo hizo al interponer sus recursos en sede administrativa, que *“en los procesos que debo realizar para las EPS nuevas presenten sus documentos para pertenecer a las cuentas maestras y realizar sus giros, con la gestión que realizado en Sogamoso es uno de los únicos Municipios del Departamento que dejo saneado el año 23014 en giros de recursos propios... adicionalmente y por iniciativa propia el FUT (Formato Único territorial) es alimentado directamente en la plataforma diseñada por tal fin no como se hacía antes que se entregaba en un archivo plano a la Secretaria de Hacienda y eran ellos quienes hacían esta labor”*. Sin embargo, lo aducido por la parte actora no encuentra soporte probatorio alguno, que identifique el proceso nuevo o adicional realizado, de acuerdo a proceso anterior que se adelantara en la administración del municipio de Sogamoso y que permita medir con claridad la celeridad, eficacia y en de mejor forma la utilidad de la actuación que genera el presunto valor agregado.

A su turno el Decreto 3402 de 2007 establece: *“Artículo 4°. Funcionarios responsables. Serán responsables por el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la presentación y certificación de la información del Formulario Único Territorial el representante legal de la respectiva entidad territorial, el secretario de hacienda, o quien haga sus veces y el contador público a cuyo cargo esté la contabilidad de la entidad territorial. También serán responsables los directores y jefes financieros de los órganos de control, corporaciones públicas y entidades descentralizadas del orden territorial por reportar la información al sector central para la consolidación del FUT, en los términos del artículo segundo (2°) del presente decreto.”*

De la prueba documental allegada por la demandante se evidencia, una colaboración lógica y dentro de parámetros de normalidad de sectorial de Salud del Municipio de Sogamoso, en lo que corresponde a este Formulario- Base de datos, que aunque está en cabeza del ordenador del gasto y de la Secretaria de Hacienda, éste debe ser alimentado por las demás Secretarías del ente territorial bajo el entendido que desarrollen procesos en donde se vea afectado el presupuesto público municipal; sin embargo, se itera que tal actividad no constituye la adición de un valor al desempeño de la funcionaria LUZ DARY CALDERÓN OLMOS, menos aún, porque se evidencia posibles inconancias en el procedimiento como obra a folios 624 a 625, de las cuales se derivaron ajustes por parte de la administración.

Aunado a lo anterior, se desconoce si la información reportada por la funcionaria LUZ DARY CALDERÓN OLMOS fue objeto de aprobación por parte de su superior inmediato, ni sobre su validación y su destinatario, dado que en el trámite de la presente actuación judicial, la demandante no hizo el mínimo esfuerzo para que el Juez Administrativo pudiera observar si su actuar fue el esperado o superaba alguna expectativa, desconociendo su carga procesal de probar de forma clara y medible el cumplimiento de los factores antedichos.

De contera, no encuentra el Despacho prueba alguna que permita establecer como el Municipio de Sogamoso se destacó respeto de otras entidades territoriales, que hubieren obedecido a los resultados de las acciones de la funcionaria CALDERÓN OLMOS, más allá del cumplimiento de sus compromisos para con la administración.

Es menester, en este aspecto resaltar que la demandante señala que la evaluadora y así en los actos administrativos demandados, desconocieron la evidencia que para este factor del Nivel Sobresaliente se adjuntó portafolio de evidencias, sin hacer relación específica de los documentales que demostrarían que genero un proceso o una actividad adicional en beneficio o utilidad del funcionamiento de la administración municipal de Sogamoso.

Se concibe entonces que la demandante confunde los factores para acceder al Nivel Sobresaliente: 3. *Por aportes, propuestas o iniciativas adicionales que demuestren mayor economía, celeridad y realización, con elementos que enriquezcan y mejoren los parámetros establecidos, tanto en la dependencia como en la entidad.* y 4. *Por iniciativas tendientes a acciones proactivas en las actividades que cumpla, las cuales deben ser útiles y aplicables en la entidad.*¹⁹, pues no precisa con claridad los elementos que quiere aportar para acreditar uno u otro.

Revisado el contexto de los sendos elementos probatorios documentales, allegados con la demanda y su adición, el Despacho no logra establecer que la funcionaria demandante los haya cumplido, por falta de claridad en los soportes arrimados, de los cuales se observa un destacado cumplimiento de los compromisos laborales, pero no el cumplimiento de otro factor (además del reconocido por la administración 6. *Por participación en grupos o en actividades que requieren disposición voluntaria como Comités, Brigadas de Salud, Grupos de Apoyo, Grupos de Investigación, Implementación de Sistemas de Calidad, entre otros; siempre y cuando su participación activa pueda demostrarse y el tiempo de dedicación no afecte el cumplimiento de las obligaciones propias del empleo*), que le pudiera ser objeto de elevar su calificación al Nivel Sobresaliente.

No es preciso tampoco señalar, como lo hace la demandante, que al no haberse calificado como cumplidos, mas factores para alcanzar el nivel sobresaliente obligara a la evaluadora a establecer una no conformidad, un plan de mejora o una acción correctiva, pues la *lex specialis* que regía para la época de los acontecimientos, no imprimía dicho compromiso, pues de los aspectos a calificar en materia del Nivel Sobresaliente no son ponderables bajo los criterios de evaluación laboral, sino que son aquellos que del actuar del funcionario superan la expectativa, para mejorar el servicio que presta el Estado en favor de los administrados y afianzar los criterios de celeridad y calidad, como se explicó en primera medida.

En consecuencia no le queda otro camino al administrador de justicia, que mantener incólume la decisión administrativa referente a la Evaluación del Desempeño Laboral de la funcionaria LUZ DARY CALDERÓN OLMOS como Profesional Especializada Código 222 Grado 06 del Municipio de Sogamoso; toda vez, no encuentra falsa motivación en las decisiones administrativas *sub examine*.

Tampoco se observa la insistida “*expedición irregular*” que estima la demandante de los actos *sub índice*, en el entendido que a pesar de que se afirme tener evidencias, de su actuar con *oportunidad, calidad y con acciones proactivas, útiles y aplicables a la entidad*, entre otros, con las documentales y testimoniales incorporadas no permiten indicar cuáles son las mismas, más allá de evidenciar el cumplimiento de las funciones y deberes a su cargo, se suerte que no se comparten acusaciones por no jurídicas y subjetivas referentes a que la administración hubiere actuado de forma “*amañada o torticera*” (lenguaje *per se* es inadecuado) como síntoma de una Desviación de Poder, ni menos que sea errada, por el contrario se advierte que es conforme a derecho .

Al respecto la testigo NANCY JUDITH MUNEVAR²⁰ frente a los factores del Nivel Sobresaliente, señaló que desconoce cuáles fueron los factores acordados por la funcionaria LUZ DARY CALDERÓN OLMOS, relacionado algunos de ellos, como el de *calidad y oportunidad*, inmerso en la Resolución No. 554 de 2011 y el de evaluación por *dependencia o por gestión*, señalando que la funcionaria demandante actuaba con oportunidad, cumpliendo los plazos que da la norma y

¹⁹CNSC - Acuerdo 137 de 2010 artículo 10 literal h.

²⁰ Audiencia de Pruebas Min 00:07:34

respecto de las labores realizadas, indicó que la Secretaría no fue sancionada por extemporaneidad o irregularidad por los entes receptores de la información como Gobernación de Boyacá o Superintendencia, situaciones que ratifican el cumplimiento de funciones, como deber legal, empero no como demostración de la generación de valor agregado.

Así mismo el testimonio JHON JADER GIRALDO CASTRILLÓN²¹, respecto del cumplimiento de las funciones y de factores adicionales por parte de la demandante para acceder al Nivel Sobresaliente manifiesta que ella cumplía con sus labores, resaltando que: “...pues no tenemos un contacto estricto en el trabajo con respecto a lo que ella hace y yo hago, son dos áreas distintas...” quien agrega que solo puede dar cuenta de lo que frente al él sucedió en su evaluación de desempeño durante ese periodo, en razón a que laboran en áreas distintas de la Secretaria de Salud con la demandante; afirma, que la calificación se hacía de forma personal y que no conocía los compromisos con los cuales fue calificada la funcionaria CALDERÓN OLMOS, ni de los factores del nivel Sobresaliente aplicados en la evaluación de la funcionaria.

Ahora bien, la declaración de CLARA SOFIA SALAMANCA FONSECA²², quien fungía como Secretaria de Salud para el periodo en estudio ya su vez evaluadora de la demandante en la segunda evaluación parcial semestral y calificación definitiva, lo narrado frente al compromisos de los factores del Nivel Sobresaliente, expresó que no se evaluó el factor de Oportunidad, por cuanto en cabeza de ella estaba la entrega de un informe que se debía entregar el día 20 de enero de 2015, y se entregó con inoportunidad, siendo esto un factor por el cual el Municipio de Sogamoso obtuvo una calificación baja, por parte de la Secretaria Departamental de Salud y que “el otro factor no lo obtuvo porque ella siempre tuvo debilidades en la competencia de líder del equipo de trabajo, siempre hubo quejas por parte de las personas que dependían de ella y tampoco realizaba un adecuado trabajo en equipo...”

En suma, estos testimonios no dan cuenta fundamento central de la demanda, que refiere al cumplimiento de requisitos para acceder a la una calificación Sobresaliente, por lo que era menester los elementos de prueba o “evidencias” que deben reposar en la administración, que le permitan establecer si el funcionario cumplió o no con los factores para acceder al nivel Sobresaliente o en caso de impugnación, ser aportados por la interesada, empero en este caso se echan de menos.

Ahora bien, en cuanto al Compromiso Laboral, el cual es distinto a los factores del Nivel Sobresaliente, fue fijado así: “Articular acciones con los entes de control, las dependencia, entidades, equipo de trabajo que hacen parte de la red de atención del régimen subsidiado”, respecto del cual se advierte que para el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2014 al 31 de enero de 2015, la demandante cumplió un 3% de una meta del 5% según se observa a folio 40, situación que no fue discutida en vía administrativa, ni judicial, pero que permite entrever que las actividades de la evaluada no se desarrollaron al 100% como indica en la demanda, con el fin de alcanzar otros factores totalmente distintos a los señalados en la norma para alcanzar el nivel Sobresaliente

Por otra parte, la demandada alega faltó realizar *seguimiento al desempeño laboral*, sin embargo conforme a los testimonios, se conoce que la Secretaria de Salud del Municipio de Sogamoso se reunía con sus funcionarios para revisar el los compromisos labores y su cumplimiento, incluso fueron modificados en beneficio del cumplimiento de metas y proyectos propuestos en el Plan de Desarrollo

²¹ Audiencia de Pruebas Min 44:10 – fl. 1052

²² Audiencia de Pruebas Minuto 01:04:45 fl. 1052

- **De la fijación de los compromisos laborales**

Habiendo decantado la aplicabilidad de la Resolución 544 de 2011 y realizado el estudio de la evaluación de los factores del Nivel Sobresaliente reclamados, es necesario señalar que en la adición a la demanda se incluye como sustento de la solicitud de anulación de los actos *sub examine*, irregularidades en la fijación de los compromisos laborales, con el fin que a título de restablecimiento del derecho se ordene el Encargo en el empleo superior.

En primer lugar se advierte que pretende que bajo la premisa de cumplimiento de los Compromisos Laborales, calificados en el 96% como consta en el formato de consolidación de resultados definitiva (fl.46), sin embargo no se demanda mejorar dicha calificación, sino que se validen de factores de acceso al Nivel Sobresaliente en el Acuerdo 137 de 2010 por la CNSC, por lo cual indica que su evaluación fue irregular porque transgrede lo señalado el numeral 4 del 5.5. Artículo 5 de la Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC, así como el numeral 3 del 5.2 artículo 5 de la misma norma, que refiere el establecimiento previo de parámetros y establecer compromisos dentro de los quince días siguientes al periodo evaluado.

Al respecto se destaca que el Parágrafo 3º del artículo 10²³ señala que se **podrá** ajustar dichos compromisos bajo unas circunstancias específicas, es decir que es discrecional y no obligatorio, pues los mismos se pueden mantener indemnes tanto para la Evaluaciones Parciales como para la Definitiva, siempre dándole prelación al acuerdo que se realice entre evaluado y evaluador en procura de prestar un mejor servicio y en la medida que emerjan circunstancias que amerite cambios, que devengan de la modificación de planes o metas de las dependencias.

Al respecto, la prueba testimonial de la señora MUNEVAR SEPULVEDA²⁴ a la pregunta del apoderado de la parte demandante acerca de la afirmación estimada en el hecho sexto de la demanda en el que se dice que la nueva evaluadora no ajustó los compromisos laborales, manifestó: *que la Jefe CLARA llevo para agosto, nosotros veníamos con unos compromisos firmados en febrero de ese mismo año, cuando se procedió a la calificación hacia enero se hicieron, ella hizo unos ajustes a los compromisos en el momento de la calificación, a los cuales nosotros en lo personal yo accedí, digamos que no presente ninguna queja frente al tema, personalmente los asumí a los míos no hizo cambios sustanciales pero si hubo una variación*". Adiciona a la pregunta de la parte demandante, sobre la fecha de variación de los compromisos laborales: *"No recuerdo exactamente el tiempo, pero yo diría que una semana antes o unos días antes de que fue una semana antes de hacer la calificación"*.

De esto el testigo JHON JADER GIRALDO²⁵ respecto de la variación de los compromisos laborales indicó: *"... el primer periodo lo calificó la Doctora o la Jefe SANDRA que era la Secretaria de Salud hasta agosto, en agosto yo estoy en vacaciones, cuando entro ya había una nueva funcionara que era la jefe CLARA, luego en febrero ya nos*

²³ **Ajustes a los Compromisos Fijados.** Los compromisos establecidos podrán ajustarse cuando se presenten las siguientes situaciones:

1. Si durante el periodo a evaluar se producen cambios en los planes, programas o proyectos que sirvieron de base para la fijación de los compromisos, se efectuarán los respectivos ajustes cuando fuere necesario.
2. Cuando el servidor cambie de empleo por traslado, caso en el cual la nueva fijación se hará sobre el porcentaje faltante para cumplir el 100% total de la expectativa laboral.
3. Cuando el servidor cambie de empleo por encargo en otro nivel, la nueva fijación se hará sobre el porcentaje faltante para cumplir el 100% total de la expectativa laboral, bajo la nueva responsabilidad.
4. Cuando el servidor cambie de evaluador o cuando se reintegre a su empleo luego de una separación del cargo superior a treinta (30) días.

²⁴ Audiencia de Pruebas Min 00:07:34 - fl. 1052

²⁵ Audiencia de Pruebas Min 44:10 – fl. 1052

calificaban ese periodo, entre agosto y febrero le tocaba a la Jefe CLARA SALAMANCA le tocaba calificarnos, antes de la calificación ella nos explicó que le parecía que los acuerdos o las - ósea lo que acordamos los acuerdos que teníamos para esa calificación y efectivamente yo también me había dado cuenta o me parecía, que eran las funciones que nosotros hacíamos normalmente las funciones de nuestro trabajo que es lo que debemos hacer, así estaban pactados los anteriores acuerdos, entonces la Jefe CLARA SALAMANCA nos dijo estos seis meses yo los voy a calificar con estos a mi parecer los voy a calificar con estos porque son diferentes, así me lo dijo a mí, ella me llamo a la oficina, es fue antecitos de la calificación, no le puedo decir si fue un día antes dos días antes sé que lo hicimos antes de la calificación pero ya cerca pues cuando teníamos que calificar, de hecho ya ahí hubo una mala praxis, eso se debió hacer hecho cuando llegamos por ejemplo yo llegue de vacaciones en septiembre, eso lo debimos haber pactado antes, pero ella nos dijo se va a calificar así están de acuerdo, yo estuve de acuerdo con esa calificación...”

En lo tocante a este aspecto, el testigo a pregunta del apoderado de la parte demandada, indicó cual fue la variación que se hizo a su compromiso laborales a lo que manifestó: *“En los compromiso que teníamos antes, teníamos eran las funciones como tal de mi cargo que eso lo tiene que hacer uno de por sí siempre, pero en el compromiso ya cuadramos respecto de las metas que teníamos en el Plan de Desarrollo y esa fue la explicación que ella medio, yo le dije sí creo, pues como les dije yo no tenía tanta experiencia en esto de conciliar los compromisos, pero si había visto que yo dije estas son como las mismas funciones, yo dije yo creo en eso, yo creo en esto y estaba de acuerdo en cambiarlo....”*

En este caso, encuentra desvirtuadas las afirmaciones de la demanda y su adición, pues inicialmente indica que los compromisos no fueron variados por la nueva evaluadora (Secretaria de Salud, CLARA SOFIA SALAMANCA) y posteriormente pretende probar los mismos fueron variados de forma concomitantemente con la evaluación, situación que no fue probada puesto que los testigo no precisaron con qué anticipación fueron variados, ni tampoco si su transición se puede considerar como violatoria de los principios de objetividad e imparcialidad conforme lo señalado por la Comisión Nacional del Servicio Civil, aunado a que de lo atestado se tiene que los funcionarios se acogieron a cualquier tipo de variación en sus compromisos laborales al no considerarla sustancial o en mejor sentido, la estimaron pertinente respecto del Plan de Desarrollo²⁶ situación que fue debidamente socializada a los evaluados.

La testigo CLARA SOFIA SALAMANCA FONSECA²⁷ indicó que sí fueron variados los compromisos antes de la evaluación y agrega que fueron concertados en varias oportunidades y que venía desarrollándose con anterioridad de acuerdo a las funciones asignadas a cada funcionario, incluida LUZ DARY CALDERÓN y agrega que se hizo el respectivo ajuste en sus compromisos laborales para hacerlos conformes al Plan de Desarrollo, sin que se hubiere presentado oposición

En consecuencia de los testimonios permiten establecer que en efecto se realizaron variaciones a los Compromisos Laborales, empero dentro del marco del Parágrafo 3º del artículo 10 del Acuerdo 137 de 2010, actuación que fue comunicada y avalada por los evaluados, por lo que se colige que los hechos en que se funda la calificación definitiva de LUZ DARY CALDERÓN OLMOS, no son contrarios a la ley, ni a los principios de la evaluación de personal. Como tampoco se allega prueba que la demandante hubiere discutido la modificación de tales compromisos como permite el parágrafo 1 *ídem*, por lo que se entiende que fueron debidamente fijados los compromisos, no siendo del caso su discusión en esta vía judicial.

²⁶ Tal como establece la posibilidad de variar los compromisos el Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC el parágrafo 3º del artículo 10

²⁷ Audiencia de Pruebas Minuto 01:04:45 fl. 1052

- **De la extemporaneidad del Recurso de Apelación**

La demandante alega la extemporaneidad de la decisión emitida en vía del recurso de apelación 15 de abril de 2015 y contenida en la Resolución No. 1131 de 20 de agosto de 2015, notificado hasta el 21 de septiembre de 2015, frente a la evaluación de desempeño, respecto del cual indica del mismo año.

Los Art. 80 y 86 C.P.A.C.A. señalan los términos para agotar el periodo probatorio y para decidir de fondo el recurso de apelación en sede administrativa, so pena que trascurridos dos meses, se entienda denegado, consecuencia jurídica que no exime de responsabilidad a la administración de contestar, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda contencioso administrativa.

En el caso en concreto, la demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación en contra de la calificación definitiva de la evaluación de desempeño laboral del periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015, el día **23 de febrero de 2015** (fls 776 y 777), el primero decidido mediante la Resolución 031 de 8 de abril de 2015 (fl.776-781) notificado ese mismo día como consta en la respectiva diligencia (fl.782)

Ahora bien, la demandante allega escrito fechado del 14 de Abril de 2015 sin constancia de radicación en la que se indica interponer recurso de Apelación en contra de la recitada Resolución 031 de 2015, por lo cual mediante Resolución 1131 del 20 de Agosto de 2015 desata el recurso de apelación inicial y niega por improcedente este último, decisión notificada el **21 de septiembre de 2015** como consta en la diligencia surtida (fl.809)

Conforme al Art. 82 del CPACA se establece que si bien es cierto el recurso de apelación no fue resuelto dentro del término de dos meses, no conlleva la declaratoria de inexistencia de decisión, puesto que emerge el acto ficto derivado del silencio administrativo negativo, consecuencia que no impide que la administración se pronuncie, mientras no se provea auto admisorio de demanda por la jurisdicción contencioso administrativa, como sucede en este caso, en el que la demanda *sub litis* fue admitida por auto del 25 de julio de 2016 (fl.965) por lo que se establece que la extemporaneidad de la administración no implica la pérdida de competencia para expedir la mencionada Resolución 1131 de Agosto de 2015.

De contera, no se comparte entonces el argumento que la actuación tardía de la administración genera la caducidad de la acción en perjuicio de los derechos de la demandante, por cuanto en primera medida la misma no fue declarada en vía de excepción como admite el numeral 6 del Art. 180 del C.P.A.C.A. puesto que el termino corre desde la notificación del acto administrativo expreso o en cualquier tiempo cuando el acto ficto deviene del silencio administrativo.

- **Del derecho preferencial al Encargo**

Iterando la validez y aplicabilidad de la Resolución de 554 de 2011 y la legalidad y firmeza de Evaluación del Despeño Definitiva de la señora LUZ DARY CALDERÓN OLMOS para el periodo del 1 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015, conforme la normatividad aplicable²⁸ se colige indefectiblemente que la demandante no podría

²⁸ art. 24 Ley 909 de 2004: a) El empleado de carrera "que se encuentre desempeñando el empleo inmediatamente inferior" al que se pretende proveer transitoriamente; b) Que cumpla el perfil de competencias exigidas para ocupar el empleo vacante, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia; c) Que posea

acceder al derecho preferencial a ser encargada que reclama, por cuanto no cumple con uno de los requisitos *sine qua non* y como resultado no puede ser beneficiaria de dicha prerrogativa legal, como se advirtió.

Se puede observar que el derecho preferencial que se le otorgó a la señora LUZ DARY CALDERÓN OLMOS el día 4 de Noviembre de 2014 como consta a folio 25 del expediente²⁹, desapareció desde la realización de la nueva evaluación definitiva destacada del periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2014 a 31 de enero de 2015, pues se califica con un 96% sumado al cumplimiento de un solo Factor para acceder al Nivel Sobresaliente, por ello sin llenar las exigencias del artículo 29 de la Ley 909 de 2004 para el periodo deprecado, exigencia que no se discute para el periodo que le antecede.

Es importante advertir que la demandante pretende que se reconozca una situación jurídica generada de un acto de la administración que de forma indiscutible había fenecido, pues con la existencia de una nueva calificación del siguiente periodo, concretó unas condiciones distintas para el administrador de personal, de suerte que no estaba obligado a conceder el derecho preferencial exigido a ser Encargada.

El reconocimiento del derecho preferencial concretado en documento público (fl.25) no es aplicable al periodo que reclama la demandante en el *sub lite*, puesto que dicho derecho se puede acceder en cada anualidad evaluada, siempre que se cumplan las directrices del Acuerdo 137 de 2010 de la CNSC.

Ante la inexistencia de un derecho preferencial, la administración cuenta con la facultad nominadora "*discrecional*", la cual se concreta en tres hipótesis de decisión: *i*) No suplir el cargo, pues es la administración la que determina la necesidad del servicio *ii*) Suplir el cargo mediante la figura del Encargo, con funcionario del nivel inferior conforme la Ley 909 de 2004, así no cuente con el derecho preferencial a ser encargado, siempre que no se halle funcionario con mejor posición *iii*) Llenar la vacante bajo la figura del nombramiento en provisionalidad.

Frente a cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 08 del Municipio de Sogamoso la administración no perdió para el periodo en estudio, la facultad discrecional nominadora en lo que respecta a la señora LUZ DARY CALDERÓN, pues como se adujo, la funcionaria no cumplía con todos los requisitos para que de manera forzosa y bajo el amparo de la ley, el derecho preferencial a ser encargada.

- ***De la provisión del cargo sub examine***

En principio, está demostrado que durante el periodo en que la demandante mantuvo el derecho preferencial a ser encargada, el cargo de Profesional Especializado Código 222 Grado 08 no fue provisto, es decir que la administración no hizo uso de su facultad nominadora.

En este caso, entonces el derecho reclamado por la demandante se erige en una mera expectativa y no a un derecho adquirido, pues la normativa indica que para proveer un cargo en vacancia definitiva, en primera medida se acude al encargo con aplicación del derecho preferencial de empleados de carrera evaluados en nivel sobresaliente, o en su defecto realizar un nombramiento en provisionalidad.

aptitudes y habilidades para desempeñar el empleo a encargar, d) Que no tenga sanción disciplinaria en el último año y, e) Que su última evaluación del desempeño laboral sea sobresaliente.

²⁹ Estudio de verificación para otorgamiento de Encargo- Municipio de Sogamoso – Cargo Profesional Especializado 2 Código 22 Grado 08

En este caso, no fue arrimada prueba alguna documental que indique que el cargo referido fue provisto mediante Encargo o Provisionalidad con persona distinta a la señora CALDERÓN OLMOS, circunstancia en que de concurrir el cumplimiento de los requisitos legales, entre otras las establecidas en el Art. 24 de la Ley 909 de 2004, Art. 4 y 5 del Decreto 760 de 2005 y Ley 1437 de 2011, que pudieran fundamentar las reclamaciones de la demandante.

Estando en firme la calificación definitiva para el periodo del 1 de febrero de 2014 al 31 de enero de 2015 de la funcionaria LUZ DARY CALDERÓN OLMOS desde el día 22 de septiembre de 2015 (*Ver fl. 809*), día siguiente al de la notificación personal de la Resolución 1131 de 2015, que desata el recurso de apelación interpuesto contra la calificación definitiva³⁰ la administración en uso de su facultad nominadora discrecional, expide la Resolución 1559 del 17 de Noviembre 2015 (*fls. 959-960*) y provee el cargo de Profesional Especializado Código 22 Grado 08 mediante encargo con la funcionaria CARMEN ALICIA ROSAS MESA.

Es claro para el Despacho que la provisión del empleo mediante encargo se produce con fundamento en la valoración de un periodo distinto en el que la funcionaria CALDERÓN OLMOS tuvo el derecho preferencial a ser encargada, pues ya había expirado para entonces, puesta para esta nueva anualidad no obtuvo el Nivel Sobresaliente, de suerte que la administración no tenía ningún deber legal con la demandante, no siendo del caso extender pronunciamiento adicional sobre la presunción de legalidad de que goza este acto, puesto que no es objeto de esta *litis*, sino que se limita a su valoración probatoria.

En este orden, no se observa la existencia de falsa motivación en la decisión de la administración, ni tampoco desviación de poder, puesto que el derecho preferencial invocado perdió vigencia en el periodo anterior al que fue suplida formalmente la vacante referida, por lo que no se vieron afectados los derechos de la funcionaria de carrera administrativa demandante.

Como colofón de la presente decisión, se precisa que las conductas de funcionarios que considera son constitutivas de Acoso Laboral, expresadas por la demandante, no son objeto de esta actuación judicial, sino que conforme a la Ley 1010 de 2006 y la Ley 734 de 2002 - *lege lata*, su competencia recae en autoridades administrativas, igual mente le corresponde a la demandante, con los elementos de juicio con que cuente, poner en conocimiento de la autoridad penal competencia la presunta ocurrencia del punible de prevaricato por omisión, situaciones que desbordan el ámbito de competencia de esta jurisdicción.

De contera no se puede desconocer, como está probado, que LUZ DARY CALDERÓN OLMOS conforme la Resolución No. 008 de 2016 ostenta³¹ el cargo de Secretaria Local de Salud y Seguridad Social (*fls.987-994*), situación administrativa que mejora su condición laboral, pero que incluye únicamente en caso que se accediera a las pretensiones, a efectos de tasar una eventual diferencia salarial, que como indica la norma, el encargo no supera un periodo de seis meses, previa la convocatoria a concurso de la vacante.

Se concluye que en este caso no se acreditan las causales de nulidad alegadas por la parte demandante, ni se desvirtúa la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados, razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda

³⁰ Lo anterior sin pasar por alto lo señalado en el artículo 86 del C.P.A.C.A.

³¹ Hasta la fecha de la certificación- Talento Humano Municipio de Sogamoso del 31 de octubre de 2016.

12.COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones estimadas en la subsanación de la demanda (fl.923).

13.DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,*

FALLA :

Primero.- Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo.- Condenar en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Tercero.- Fijar como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones estimadas en el escrito de subsanación de la demanda (fl.923), conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- Ejecutoriada la presente providencia, devolver a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

Quinto.- En firme esta providencia, procédase al archivo del expediente, dejando las anotaciones y constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ