



---

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

**CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C. veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho.**

**Radicación: 25000-23-42-000-2015-00913-01( 3645-2019)**

**Demandante: JOSE DARIO VARGAS OROZCO.**

**Demandado: DISTRITO CAPITAL-PERSONERÍA DE BOGOTÁ.**

**Tema:** Declaración de insubsistencia de nombramiento de servidor de libre nombramiento y remoción. Ley 1437 de 2011

### SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

---

#### I. ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A decide el recurso de apelación interpuesto por el señor JOSE DARIO VARGAS OROZCO contra la sentencia de 4 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda de la referencia.



#### II. ANTECEDENTES.

##### 2.1. Pretensiones

2.1.1. José Darío Vargas Orozco, por intermedio de apoderado judicial, demandó la nulidad de la Resolución 302 de 2014 expedida por el Personero de Bogotá, mediante la cual se declara insubsistente su nombramiento.

2.1.2. A título de restablecimiento del derecho se ordene:

- a) El reintegro al cargo que venía desempeñando al momento de su retiro, o en otro de igual o similar categoría y remuneración, declarándose la no solución de continuidad para los efectos legales.
- b) Pagar a título de indemnización, los salarios, con aumentos o ajustes anuales, aportes para pensión y prestaciones sociales dejadas de percibir, sin solución de continuidad entre el retiro y el reintegro.



- c) Pagar el ajuste de valor conforme al inciso 4 del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 sobre los valores causados.
- d) Pagar los intereses moratorios en cumplimiento del artículo 192 del CPACA y la sentencia C 188/99 a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta el día del pago efectivo.

## **2.2. Hechos.**

En la demanda<sup>1</sup> se narraron los hechos relevantes que a continuación se resumen:

2.2.1 El demandante ingresó a la Personería de Bogotá el 4 de octubre de 2013 en el cargo de Subdirector de Desarrollo de Talento Humano.

2.2.2 El señor VARGAS OROZCO desde su incorporación a la entidad fue agredido y maltratado por su jefe inmediato, la Directora de Talento Humano de la Personería, Doctora Alba Herly Felacio Millán.

2.2.3 El maltrato y la agresión se resumen en:

- La Dra. Felacio Millán desde la posesión expresó que “ojala no se arrepienta” y se persignó.
- El 7 de octubre de 2013, cuando lo presentó ante la Dra. Noelia Ojeda como el nuevo subdirector expreso que “ojala ese señor sea cierto que tiene experiencia y puede manejar esta oficina”
- El 31 de enero de 2014 el actor solicitó copia del manual de funciones del área pertinente, petición que no fue atendida y lo imposibilitaba a cumplir con sus funciones a cabalidad.
- En febrero 12 de 2014 fue requerido en su condición de médico para atender una emergencia ocasionada por un accidente laboral que sufrió la secretaria de la Dirección de Talento Humano y la Dra. Felacio Millán le impidió atenderla y lo obligó a retirarse.



<sup>1</sup> Folios 17 al 25 del expediente.



- La Dra. Felacio Millán pretendía anular su participación en el Comité Preventivo de Conductas de Acoso Laboral de la entidad, del cual ambos hacían parte, al impedirle conocer los temas que se debatían y haciendo comentarios personales en su contra.

2.2.4 El demandante le dio a conocer verbalmente al Personero de Bogotá los maltratos y trato degradante de los cuales era víctima por parte de su jefe inmediato. El Personero omitió tomar las medidas pertinentes y por el contrario, optó por retirarlo del servicio.

2.2.5 El día 14 de julio de 2014 se expidió la Resolución 302 por la cual se declara insubsistente el nombramiento del señor VARGAS OROZCO.

2.2.7 El nominador retiró del servicio al demandante por haber acusado a una de sus colaboradoras mas cercanas de conductas constitutivas de acoso laboral.

2.2.8 Durante el tiempo que prestó servicios a la entidad no recibió llamados de atención, amonestaciones, objeciones reparos o sanciones por incumplimiento de sus funciones, por el contrario, fue un funcionario ejemplar.

2.2.9 El retiro del señor VARGAS OROZCO no mejoró el servicio y obedece al uso caprichoso de la potestad discrecional del nominador.

### **2.3. Concepto de la violación**

El apoderado del demandante consideró como normas vulneradas:

- Artículos 25 y 125 de la Constitución Política.
- Artículos 26 inciso 1 y 61 del Decreto ley 2400 de 1968.
- Artículos 2 y 44 de la Ley 1437 de 2011.

Señaló como concepto de la violación (i) violación del derecho de defensa- motivo oculto y (ii) Infracción de la norma por no haber dejado constancia en la hoja de vida.





**Violación del derecho de defensa – motivo oculto.** Adujo que se le retiró del servicio bajo la falsa apariencia del ejercicio de la potestad discrecional.

Expresó que por razones desconocidas la Directora de Talento Humano de la Personería emprendió en su contra una serie de actuaciones de maltrato, trato cruel y degradante que incluso podían constituir acoso laboral. Actuaciones que fueron puestas en conocimiento del nominador.

Por otra parte, manifestó que no conoce la razón de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento y que su formación profesional y excelente desempeño laboral permiten inferir que la decisión no obedeció a la mejora del servicio sino que se utilizó la facultad discrecional con fines contrarios a su espíritu y con el ánimo de sancionarlo por quejarse del trato recibido por una de las colaboradas cercanas al nominador.

**Infracción de la norma.** Sostuvo que el acto acusado está viciado de nulidad, por cuanto se violó el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 al no dejar constancia en la hoja de vida del demandante de los motivos del retiro. Esta circunstancia no es potestativa del nominador sino imperativa.



#### **2.4. Contestación de la demanda**

El **Distrito Capital de Bogotá**, por medio de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda<sup>2</sup>, con fundamento en los siguientes argumentos:

Señaló que durante el período de vinculación del demandante a la Personería de Bogotá, éste no presentó queja en contra de la Directora de Talento Humano de la entidad, solo radicó el 16 de julio de 2014, después de su retiro, petición a la Secretaría General para que convocara una reunión para atender el presunto acoso laboral por él expuesto. A esta petición la Secretaría General le responde que como se encuentra desvinculado de la entidad no hay lugar a adelantar el procedimiento interno preventivo.

---

<sup>2</sup> Folios 61 a 67 del expediente.



Además, explicó que el cargo de Subdirector Código 070, Grado 01 de la Subdirección de Talento Humano es un cargo de libre nombramiento y remoción del nivel directivo, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política.

Expuso que la competencia para efectuar el retiro de los empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectúa mediante acto administrativo no motivado.

Por otra parte, sostuvo que la supuesta omisión de la entidad de dejar constancia en la hoja de vida de las razones para la insubsistencia no tienen la capacidad de viciar el acto y cita para el efecto una sentencia del Consejo de Estado.

Concluyó que el Personero de Bogotá expidió el acto acusado teniendo en cuenta los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades del procedimiento y sin incurrir en violación de la ley.

Propuso las siguientes excepciones:

- (i) **Ausencia de causales que invaliden los actos administrativos.** El acto acusado fue proferido respetando los derechos fundamentales del demandante, por lo que no existe infracción alguna de las normas constitucionales o legales.
- (ii) **Excepción de oficio.**



**La Personería de Bogotá** intervino<sup>3</sup>, por medio de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes razonamientos:

Explicó que el cargo de Subdirector Código 070 Grado 01 asignado a la Subdirección de Talento Humano, en el que fue nombrado el actor es de libre nombramiento y remoción.

Como fundamento normativo señaló el artículo 125 de la Constitución Política, artículos 5 y 23 de la Ley 909 de 2004, artículo 16 del Decreto ley 785 de 2005 y el artículo 44 del Acuerdo 514 de 2012.

<sup>3</sup> Folios 68 al 85 del expediente.



Manifestó que el acto administrativo que ordena la insubsistencia no requiere motivación y que en el caso sub examine, fue expedido por el Personero en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 102 del Decreto ley 1421 de 1993 y el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.

En relación con la anotación de los motivos de retiro en la hoja de vida del demandante, citó varios pronunciamientos jurisprudenciales de esta Corporación en los que se sostiene que la omisión de la constancia en la hoja de vida del funcionario no vicia la declaratoria de insubsistencia.

Finalmente, adujo que la persona que reemplazó en el cargo al señor VARGAS OROZCO tiene un perfil académico más alto y mayor experiencia, por lo que se mejoró el servicio.

## **2.5. Decisiones relevantes en la audiencia inicial<sup>4</sup>**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que las partes demandadas no presentaron excepciones y tampoco encontró hechos constitutivos de excepciones previas que deban decidirse de oficio.



**La decisión de excepciones no fue objeto de recurso por ninguna de las partes.**

El litigio fue fijado en los siguientes términos:

*«La presente controversia se contrae a determinar si el señor JOSE DARIO VARGAS OROZCO tiene derecho a que se le reintegre al cargo de Subdirector de Desarrollo de Talento Humano de la Personería de Bogotá o a otro cargo de igual o superior categoría, teniendo en cuenta los cargos formulados en la demanda. Y de reintegrársele, que se le reconozcan y paguen los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el período transcurrido desde la fecha en que fue desvinculado de la Personería de Bogotá hasta cuando fue reintegrado»*

## **2.6. La sentencia apelada<sup>5</sup>**

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca por medio de la sentencia de 4 de abril de 2019 negó las pretensiones de la

<sup>4</sup> Folios 126 y 127 del expediente.

<sup>5</sup> Folios 310 a 318 del expediente.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-00913-01(3645-2019)  
**Demandante:** José Darío Vargas Orozco

demanda, con base en los argumentos que se resumen a continuación:

Consideró que el actor ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción como Subdirector Código 070 Grado 01 y por lo tanto, podía ser removido discrecionalmente sin motivar el acto. Así, que la Resolución 302 de 2014 no vulneró ninguna disposición relacionada con la competencia o la forma de expedición.

Además, sostuvo que le corresponde a la parte actora la carga de la prueba en demostrar que el nominador expidió el acto con desviación de poder, por cuanto esta causal la estructura en el acoso laboral.

En el caso concreto, con base en las pruebas obrantes en el proceso, estableció que (i) el demandante radicó el 14 de julio de 2014 ante el Comité Preventivo de Conductas de Acoso Laboral, documento con fundamentos de hecho que constituyen a su juicio conductas de acoso laboral y que no fueron tramitadas por la Secretaría General siguiendo los lineamientos legales por no ostentar la calidad de funcionario, (ii) en la Procuraduría Segunda Distrital cursa queja por presunto acoso laboral contra el accionante, registrando como última actuación prueba de descargos de fecha 15 de febrero de 2019.



Concluyó que del análisis de estas pruebas solo se muestra el curso normal de las actuaciones disciplinarias según las funciones de ley y que son independientes de la decisión discrecional, que no puede inhibirse por la existencia de las mismas toda vez que, tiene propósitos distintos. Es así como, consideró que la manifestación del demandante de que el motivo de la remoción fue el acoso laboral quedo huérfano de prueba, pues en la investigación no se ha proferido decisión.

En relación con los testimonios recibidos, expuso que los testigos no conocen hecho alguno en forma directa que lleve a demostrar las afirmaciones del demandante, por lo que, con esta prueba no se demuestra que se haya hecho uso indebido de la facultad discrecional ni un interés distinto al presumido legalmente que ameriten calificarlo como desviación de poder.



## **2.7. Recurso de apelación**

El apoderado de la parte demandante apeló<sup>6</sup> la anterior decisión, con base en los argumentos que a continuación se resumen:

Estimó que la sentencia impugnada infringió los artículos 280 y 281 del CGP dado que erró en la valoración de las pruebas aportadas al sumario.

Expresó que la hoja de vida del demandante es demostrativa del buen servicio, desde su ingreso no se le hizo reparos al cumplimiento de las funciones y tampoco tuvo investigaciones o sanciones.

De otro lado, manifestó que está probado que se omitió dejar en la hoja de vida del demandante la constancia sobre las causas que ocasionaron su retiro violándose el Decreto 2400 de 1968. Consideró que no es posible fracturar la norma para aplicar sólo lo atinente a la facultad discrecional del nominador.

En relación con la prueba testimonial en torno al acoso laboral expresó que los testigos informaron al despacho de manera precisa y concreta sobre el maltrato laboral y profesional, por parte de la Directora de Talento Humano y resaltó los apartes relevantes de los testimonios.

Por otra parte, adujo que, si bien es cierto el nominador cuenta con la facultad discrecional de remoción, ello no implica que sea ilimitada, por lo que a su juicio, es desafortunada la decisión del a quo al invertir la carga de la prueba para que sea el accionante quien demuestre que el retiro obedeció a fines diferentes al buen servicio.

## **2.8. Alegatos de conclusión**

**El apoderado del Distrito Capital<sup>7</sup>** expuso que con los testimonios no se pudo demostrar que alguno de ellos tuviera conocimiento del acoso laboral por parte del jefe inmediato del demandante, solo coincidieron en el mal humor de la servidora pública que era un comportamiento que se presentaba con todos los funcionarios.

---

<sup>6</sup> Folios 326 a 334 del expediente

<sup>7</sup> Folios 352 a 354 del expediente.





---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-00913-01(3645-2019)  
**Demandante:** José Darío Vargas Orozco

Además, hizo referencia que los testigos manifestaron que la Directora de Talento Humano muchas veces no estaba de acuerdo con las políticas realizadas por el demandante, lo que no es una actitud que pueda configurar acoso laboral.

**La Personería de Bogotá<sup>8</sup>** reiteró los argumentos expuestos en la demanda, resaltando que de los testimonios ninguno se refirió expresamente a si le constaba la desviación de poder, solo se limitaron a relatar la forma de actuar de la Dra. Felacio y frente al accidente laboral que no atendió el demandante, manifestó que no tiene ninguna relación con la desvinculación, por cuanto el actor no fue nombrado como profesional de la salud sino como Subdirector de Talento Humano.

**El demandante, Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica** guardaron silencio.

### **III. CONSIDERACIONES**

#### **3.1. Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,<sup>9</sup> el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

#### **3.2. Marco de análisis de la segunda instancia.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso<sup>10</sup>, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante.

---

<sup>8</sup> Folios 356 a 363 del expediente.

<sup>9</sup> El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

<sup>10</sup> «Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley [...]».





### **3.3. Problema jurídico.**

De acuerdo con los argumentos presentados por la parte demandante en el recurso de apelación, esta Sala deberá determinar si la Resolución 302 de 2014 expedida por el Personero de Bogotá, mediante el cual se declara insubsistente su nombramiento en el cargo de Subdirector Código 070, Grado 01 de la Subdirección de Talento Humano de la Personería de Bogotá, se encuentra viciado de nulidad por haberse expedido con desviación de poder o por la falta de la constancia en la hoja de vida de los motivos que dieron lugar al acto de retiro.

Con el anterior fin, deberá analizarse (i) el acto administrativo de insubsistencia del nombramiento en cargo de libre nombramiento y remoción (ii) la causal de nulidad de desviación de poder, y (iii) la obligación de dejar constancia de los motivos de la decisión en la hoja de vida.

### **3.4. Marco normativo y Jurisprudencial.**

#### **3.4.1 Acto administrativo de insubsistencia del nombramiento en cargo de libre nombramiento y remoción.**

El artículo 125 de la Constitución Política establece que por regla general los empleos en las entidades del Estado son de carrera, sin embargo, se exceptúan, entre otros, los de libre nombramiento y remoción.

En desarrollo de este precepto, la Ley 909 de 2004 clasificó los empleos determinando como criterios para identificar los de libre nombramiento y remoción, (i) por razón de las funciones atribuidas al cargo, tales como las de dirección, conducción y orientación institucionales, y (ii) la especial confianza que implica su ejercicio.

Ahora bien, la declaratoria de insubsistencia del nombramiento de un empleado de libre nombramiento y remoción, es discrecional y no requiere motivación, así se establece en el parágrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, el cual señala:

*“PARÁGRAFO 2o. (...) La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”*





Por su parte, el Decreto reglamentario 648 de 2017, prescribe:

“ART. 2.2.11.1.2. De la declaratoria de insubsistencia. En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el nominador de nombrar y remover libremente sus empleados. (...)”

Adicionalmente, la discrecionalidad del nominador adquiere una mayor amplitud cuando se trata de empleos que tengan funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos,<sup>11</sup> porque en estos casos es el grado de confianza que se exige para el desempeño lo que le permite al nominador que pueda disponer libremente de su provisión y retiro sin ser necesario expresar los motivos de la decisión.

Es cierto que, por ser una facultad discrecional no es absoluta y requiere que sea ejercida entre unos parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, como lo ha sostenido reiteradamente esta Sección, buscando el mejoramiento del servicio.

Sin embargo, el hecho de que, como también lo ha sostenido la Sección Segunda del Consejo de Estado, el desempeño de un cargo de libre nombramiento y remoción no confiere “prerrogativa de permanencia”<sup>12</sup> o fuero de estabilidad al empleado que lo ocupa, y que por disposición de la ley, el nominador pueda ejercer la facultad discrecional de remoción sin motivar el acto y bajo la presunción legal de que se expide con el fin de mejorar el servicio público, obliga a que quien alegue su ilegalidad, tenga que desvirtuar la presunción aportando las pruebas de tal ilegalidad.

### **3.4.2. Causal de nulidad por desviación de poder.**

La expedición del acto administrativo con desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió, es entre otras, una causal de nulidad establecida en el artículo 137 del CPACA.

<sup>11</sup> Decreto 1785 de 2014 art. 2

<sup>12</sup> Ver entre otras, sentencia de 23 de febrero de 2006, sección segunda, subsección A, expediente 25000-23-25-000-2002-01649-01 (7195-05), C. P. Jaime Moreno García; Sentencia 28 de octubre de 2021, Sección Segunda, Subsección B, expediente 25000-23-42-000-2015-03311-01(3373-19)





Esta Corporación ha definido este vicio como<sup>13</sup> :

*«[...] el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido de que el propósito que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; y por tanto, se configura cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse<sup>14</sup>. «*

De manera que, al invocar esta causal es al interesado a quien le corresponde la carga de demostrar que el acto administrativo tuvo una intención diferente al buen servicio o a las finalidades previstas en las normas que debían aplicarse, llevando al Juzgador a la plena convicción de que así ocurrió.

Así, en los actos administrativos derivados de la facultad discrecional, como el que declara la insubsistencia de un nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción, se ha sostenido que aun cuando esta causal no es fácil de comprobar, por cuanto obedece a presupuestos subjetivos o personales del nominador, si es posible, y le corresponde al interesado desvirtuar la presunción de legalidad del acto de retiro demostrando la verdadera motivación del acto y que ella, es ajena a motivos del mejoramiento del servicio.



### **3.4.3. Obligación de dejar constancia de los motivos de la decisión en la hoja de vida.**

El deber de dejar constancia en la hoja de vida del funcionario de la declaratoria de la insubsistencia del nombramiento y las causas que lo ocasionan cuando se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, que estaba previsto en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, fue tácitamente derogado por el inciso segundo del párrafo 2 del artículo 41 de la Ley 909 de 2004 que al reproducir la norma, eliminó la parte final del artículo 26 y solamente dispone:

*“Artículo 41.(...) La competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado.”*

<sup>13</sup> *Ibídem.*

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 26 de noviembre de 2009. Expediente 27001-23-31-000-2003-00471- 02 (1385-2009), Actor: Silvio Elías Murillo Moreno.



No obstante, es pertinente anotar que en vigencia del artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, esta Corporación sostuvo de manera reiterada que la ausencia de la anotación en la hoja de vida de los motivos que ocasionaron la desvinculación del servidor no constituye elemento de validez del acto, ni requisito para su conformación, ni presupuesto para su eficacia, por lo que su omisión no puede generar la nulidad del mismo, sino que a lo sumo, constituye falta disciplinaria para el funcionario que no dio cumplimiento a dicho deber<sup>15</sup>.

De manera que, la falta de anotación en la hoja de vida no vicia la decisión de retiro, toda vez que, se trata de un elemento ajeno al acto administrativo que no tiene la virtualidad de afectarlo.

### **3.5. Análisis del caso concreto.**

En el caso sub lite está demostrado lo siguiente:

#### **3.5.1. Hechos probados.**

##### **3.5.1.1 En relación con la vinculación del demandante:**

- El señor JOSE DARIO VARGAS OROZCO fue nombrado en el cargo de Subdirector Grado 070 Grado 01 de la Subdirección de Desarrollo del Talento Humano mediante Decreto 351 del 27 de septiembre de 2013<sup>16</sup> expedido por el Personero de Bogotá y se posesionó el 4 de octubre del mismo año, como consta en Acta 581<sup>17</sup>
- Mediante Resolución 302 de 14 de julio de 2014 proferida por el Personero de Bogotá, se declaró insubsistente el nombramiento del demandante<sup>18</sup>.

##### **3.5.1.2. En cuanto a las calidades profesionales y el desempeño del actor:**

- El señor JOSE DARIO VARGAS OROZCO es Doctor en

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 25 de febrero de 2021, Rad. 66001-23-33-000-2016-00693-01(2814-18)

<sup>16</sup> Folio 5 del expediente.

<sup>17</sup> Folio 6 del expediente

<sup>18</sup> Folio 2 del expediente.





Medicina y Cirugía de la facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Guayaquil, Ecuador<sup>19</sup> y especializado en Gerencia de Servicios de Salud de la Universidad Cooperativa de Colombia<sup>20</sup>; y en Salud Ocupacional de la Universidad Manuela Beltrán.<sup>21</sup>

- El demandante ha asistido a varios cursos, diplomados y congresos relacionados con su profesión.<sup>22</sup>
- En el Formato Único de Hoja de Vida<sup>23</sup> acredita experiencia laboral por 17 años y 7 meses.
- El Director de Talento Humano de la Personería de Bogotá mediante comunicación radicada el 4 de agosto de 2017<sup>24</sup> dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, informa que (i) el demandante no registra antecedentes disciplinarios internos durante los últimos 5 años y (ii) no reposa en su historia amonestaciones o llamados de atención por el incumplimiento de las funciones asignadas, advirtiendo que por ser un funcionario de libre nombramiento y remoción, no se le realiza evaluaciones del desempeño.



### **3.5.1.3 En relación con los hechos constitutivos de acoso laboral y el trámite efectuado:**

- El actor radicó el 8 de julio de 2014<sup>25</sup> comunicación dirigida a la Directora de Talento Humano en la que relaciona varias reuniones que se han adelantado sin su participación, desconociendo las funciones propias de su cargo y solicita se le aclare la situación.
- El 14 de julio de 2014 el señor VARGAS OROZCO radicó oficio fechado el 10 de julio de 2014<sup>26</sup> dirigido al Comité Preventivo de Conductas de Acoso Laboral, en el que pone en conocimiento la situación de acoso laboral que se viene

<sup>19</sup> Folio 145 del expediente.

<sup>20</sup> Folio 149 del expediente.

<sup>21</sup> Folio 151 del expediente.

<sup>22</sup> Folios 155 al 175 del expediente.

<sup>23</sup> Folio 136 y 137 del expediente.

<sup>24</sup> Folio 253 del expediente.

<sup>25</sup> Folios 14 al 15 del expediente.

<sup>26</sup> Folios 8 al 13 del expediente



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-00913-01(3645-2019)  
**Demandante:** José Darío Vargas Orozco

presentando por parte de la jefe inmediata, la Directora de Talento Humano.

Además, solicitó la asunción del poder preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación en consideración a que no encuentra garantizada la imparcialidad, objetividad y debido proceso.

- La Secretaria General de la Personería de Bogotá, el 5 de agosto de 2014 mediante oficio con radicado 2014ER 48877<sup>27</sup> dirigido a un representante de la Comisión de Personal, le informa que en respuesta a la solicitud de reunión para atender el caso del presunto acoso laboral expuesto por el señor VARGAS OROZCO, se remitirán las diligencias a la Procuraduría General de la Nación, en virtud de que como la supuesta víctima se encuentra desvinculada de la entidad no es posible adelantar el procedimiento interno.
- La Procuraduría Segunda Distrital ordenó apertura de investigación disciplinaria en contra de ALBA HELY FELACIO MILLAN mediante auto<sup>28</sup> con radicación IUS-285549-2014 del 10 de marzo de 2016.
- El Director de Talento Humano de la Personería de Bogotá mediante comunicación dirigida al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, radicada el 4 de agosto de 2017<sup>29</sup> hace referencia a que “ ... *no existía para el 14 de julio de 2014, queja en trámite en el Comité de Convivencia Laboral de esta Entidad, de funcionario alguno contra la Directora de Talento Humano de la época, esto es ALBA HERLY FELACIO MILLAN, por presuntas conductas que constituyan maltrato o acoso laboral. Igualmente, que el doctor VARGAS OROZCO, no presentó ninguna queja por presunto acoso laboral en esta Entidad.*”
- Testimonio del 22 de agosto de 2014<sup>30</sup> de la señora GLORIA JANNETH ORTÍZ PIRAQUIVE, compañera de la Dirección de Talento Humano que laboraba en otra Subdirección. Se le preguntó que sabía de los hechos y contestó: “*el doctor Darío*



---

<sup>27</sup> Folios 104 al 106 del expediente.

<sup>28</sup> Folios 45 y 46 del expediente.

<sup>29</sup> Folio 253 del expediente.

<sup>30</sup> CD audiencia de pruebas folio 259 del expediente.



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-00913-01(3645-2019)  
**Demandante:** José Darío Vargas Orozco

*fue el jefe de la Subdirección de Desarrollo en su época... yo veía el malestar de todas maneras con la doctora Alba Herly, muchas de las personas tenían inconformidad con ella por el trato...había molestia frecuentes con funcionarios, con la gran mayoría de personal tuvo problemas..."*

Al preguntársele qué le constaba sobre el caso particular del demandante, respondió: "...lo desautorizó cuando se accidentó una compañera, lo retiró sabiendo que era él médico y que podía asistir a la compañera... lo desautorizó feísimo, lo retiró de una manera grosera y no solamente era con él sino con muchas personas, había maltrato, de pronto de acoso laboral con él..."

Frente al ambiente laboral de la Dirección atestiguó: "... no había acercamiento con la doctora porque uno llegaba allá hasta con miedo... lo ofendía, no lo dejaba participar, lo trataba mal, que usted no servía, a ella nadie le servía...tenía su genio muy parejito... era desesperante entrar allá a la oficina... se veía que cada rato lo sacaba de la oficina y de una manera brusca y el quedaba "no me atendió, no me quiere atender" uno veía que con el doctor era muy fuerte el trato..."



A la pregunta de si conocía si pusieron en conocimiento los hechos del nominador afirmó: "Existían muchas demandas.. por acoso laboral y eso era conocimiento del Dr. Cañón...el debe tener conocimiento de lo que estaba pasando."

Cuando se le indagó sobre si conocía los motivos de retiro del actor contestó: "Supe que a él lo retiraron, supe que estaba incapacitado.. no conocí más..."

- Testimonio del 22 de agosto de 2014<sup>31</sup>del señor LUIS ALFREDO CASTRO BARÓN, quien para la fecha de los hechos hacía parte del Comité de Convivencia de la entidad y que se encontraba suspendido por tres meses en el momento de rendir el testimonio, manifestó: "en el caso concreto del doctor JOSÉ DARÍO VARGAS OROZCO... ya se notaba un ambiente en la primera reunión en que pareciera que lo llamara aparte y le dijera "bueno, usted tiene que hacer esto o aquello" y efectivamente muchas veces lo descalificaba "pero doctor, ¿usted

<sup>31</sup> CD audiencia de pruebas folio 259 del expediente.



*con quién está?", me tocó incluso intervenir, "pero porque le dice que con quién está?, si éste es un comité doctora...", entonces le llamaba la atención, lo regañaba, prácticamente lo minimizaba... el acoso laboral que es en la Personería generalizado...prácticamente lo descalificaba en todo... y además en las reuniones que él tenía que hacer como por motivo de sus actividades, era también desplazado, es decir, le usurpaba las funciones... se iba poco a poco neutralizando su actividad.. atropellando su dignidad"*

A la pregunta de si la situación del demandante era conocida respondió: *"era de amplio conocimiento... el Dr. Cañón...la gente le comentaba.. el Dr. José Darío Vargas también entiendo que le comentó en alguna ocasión y eso motivo precisamente que la declaratoria de insubsistencia, lo echaron precisamente por eso, es decir, no se podía hablar sobre asuntos de acoso laboral en la Personería de Bogotá..."*

- Testimonio del 22 de agosto de 2014<sup>32</sup> del señor DAVID FERNANDO CORTES AMADOR, subalterno del demandante para la fecha de los hechos, quien expresó:

*« el conocimiento que tengo es muy general ..él nos comentaba que tenía muchas diferencias con la jefe... él le solicitó que le facilitara el manual de funciones de su cargo y nunca le respondió el derecho de petición... no le daba funciones para el ejercicio de su cargo... yo sí notaba que la relación de ella con él era un poco tensa, en ocasiones se cuidaba de manifestarse y expresarlo de manera abierta... yo lo que me daba cuenta era que lo desconocía en el cargo que él desempeñaba...era muy pocas las funciones que le daba."*

Cuando se le preguntó por el ambiente laboral contestó: *"el trato de ella con sus subalternos era muy fuerte, era muy grosera con sus subalternos, yo también fui víctima del maltrato..."*

- Testimonio del 22 de agosto de 2014 de la señora MARIA NOELIA OJEDA GRIJALVA<sup>33</sup> persona que hizo entrega del cargo de Subdirector al demandante, quien relató: *él día que la doctora Alba Herly fue a presentar al doctor JOSÉ DARÍO... y*

<sup>32</sup> CD audiencia de pruebas folio 259 del expediente.

<sup>33</sup> CD audiencia de pruebas folio 259 del expediente.





*en el momento de presentarlo, es un hecho que puedo recordar porque no era hecho común, que al llegar a presentar a un funcionario frente a su grupo de trabajo, se refiera la doctora Alba Herly en una forma descortés, en una forma casi agresiva al presentarlo, indicando: "Mire el personero nombró a este señor como jefe de acá, dudo que sea capaz y que tenga la experiencia que dice tener para desarrollar este cargo"...fue una situación muy incomoda...se rumoraba que había mala relación laboral de la doctora Alba Herly con el doctor y no solamente con él, también con otros funcionarios, pero no me consta..."*

### **3.5.2 Desviación de poder.**

Argumentó el demandante que el acto administrativo por el cual se declaró la insubsistencia del cargo de libre nombramiento y remoción se expidió con fines diferentes al mejoramiento del servicio público configurándose la causal de nulidad de desviación de poder.

Además, consideró que no se probó el mejoramiento del servicio con su retiro, dado que se desconoció la hoja de vida del demandante y su excelente desempeño laboral. Expresó que su *curriculum vitae* es demostrativo del buen servicio, desde su ingreso no se le hizo reparos al cumplimiento de las funciones y tampoco tuvo investigaciones o sanciones.

Fundamentó su retiro en la queja que presentó contra su jefe inmediato por acoso laboral.

Dicho lo anterior, se abordará el análisis probatorio, frente a los dos temas que sustentan el cargo de desviación de poder.

#### **3.5.2.1 Idoneidad, desempeño del cargo y cumplimiento del deber.**

Ciertamente se encuentra probado en el expediente, la alta formación académica del demandante, su experiencia y que no fue investigado o sancionado durante su vinculación a la Personería de Bogotá.

Sin embargo, esta Corporación<sup>34</sup> ha sostenido que la idoneidad del empleado y el buen desempeño no le otorgan fuero de estabilidad

<sup>34</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 28 de octubre de 2021, Expediente 05001-23-33-000-2016-01773-01(3710-18)





en el empleo y no son impedimento para que el nominador ejerza su facultad discrecional de remoción del cargo, debido a que, es deber de todo servidor público cumplir sus funciones con diligencia y eficiencia. Esto no impide que existan otros motivos de mejoramiento del servicio para que proceda el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción.

### **3.5.2.2 Actuaciones constitutivas de acoso laboral.**

La parte apelante sostuvo que el a quo erró al valorar las pruebas allegadas en el expediente, por cuanto los testigos no declararon de “oídas” como lo afirma el Tribunal sino que informaron de *“manera precisa y concreta sobre el maltrato laboral y profesional”* realizado por la Directora de Talento Humano al demandante.

Como se puede apreciar del material probatorio obrante en el expediente, es cierto que los testigos expusieron hechos puntuales de maltrato, por parte de la Directora de Talento Humano al señor VARGAS OROZCO que les constaba de manera directa y que podrían constituir conductas de acoso laboral, por ejemplo, la señora GLORIA JANNETH ORTÍZ atestiguó sobre el tratamiento que le dio al demandante cuando trató de ayudar a una funcionaria que sufrió un accidente de trabajo y afirmó *“lo desautorizó feísimo, lo retiró de una manera grosera”*.

De igual manera, el señor LUIS ALFREDO CASTRO BARÓN se refirió al comportamiento de la Dra. FELACIO MILLAN frente al demandante, exponiendo que *“prácticamente lo descalificaba en todo... atropellando su dignidad”* y la testigo MARIA NOELIA OJEDA GRIJALVA narró como la Directora ALBA HERLY FELACIO se dirigió al actor en el momento de su presentación como Subdirector frente a su grupo de trabajo expresando que se refirió *“ en una forma descortés, en una forma casi agresiva al presentarlo..”*

En este orden de ideas, está probado en el expediente que la jefe inmediata del señor JOSE DARIO VARGAS OROZCO tuvo posible conductas constitutivas de acoso laboral contra él. Tan cierto es que consultado el proceso disciplinario interpuesto por el actor en la página de la Procuraduría General de la Nación<sup>35</sup> se encuentra

<sup>35</sup><https://www.procuraduria.gov.co/portal/index.jsp?option=co.gov.pgn.portal.frontend.component.pagefactory.ProcesoMisionalComponentPageFactory&acti>





---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-00913-01(3645-2019)  
**Demandante:** José Darío Vargas Orozco

que el 30 de julio de 2020 se profirió por la Procuraduría Segunda Distrital fallo sancionatorio contra la mencionada funcionaria.

No obstante, los testimonios son unánimes en declarar que el comportamiento de la Directora de Talento Humano era el mismo con todos los funcionarios, incluso el señor DAVID FERNANDO CORTES AMADOR sostuvo que “yo también fui víctima del maltrato”, de lo que se infiere que no era una conducta particular contra el demandante sino que tenía la costumbre de proceder de esa manera con sus funcionarios. Y es significativo que aun cuando se relata que hubo conductas acosadoras desde el mismo momento de la vinculación, la queja de acoso solo se presentó ocho meses después, cuando ya se había proferido el acto de retiro del servicio, esto es, el 14 de julio de 2014 cuando su vinculación fue el 4 de octubre de 2013.

Ahora bien, la conducta de la jefe inmediata del señor VARGAS OROZCO es totalmente reprochable y debe ser sancionada como en efecto lo fue, sin embargo no se encuentran en el expediente denuncias de acoso laboral contra el nominador y quien ejerció la facultad de remoción, que en el caso *sub examine* fue el Personero de Bogotá.



Sobre los hechos que motivaron el retiro del demandante y que según la parte actora son ajenos al buen servicio, no existe prueba de ello que obre en el expediente, sólo el testimonio del señor LUIS ALFREDO CASTRO BARÓN hace alusión a que “el Dr. José Darío Vargas también **entiendo** que le comentó en alguna ocasión [refiriéndose al Personero] y eso motivo precisamente que la declaratoria de insubsistencia, lo echaron precisamente por eso, es decir, **no se podía hablar sobre asuntos de acoso laboral en la Personería de Bogotá..**” (Negrilla fuera de texto) El hecho que narra el testigo no es de conocimiento directo y la conclusión, más que un hecho es una inferencia y una suposición que hace el testigo.

Luego, si que lo quiere demostrar el demandante, es que el retiro obedeció a una “retaliación” del nominador por haber presentado queja contra su jefe inmediata por acoso laboral, debió haber

---

on=nh5uHq3evojOVSTts/J0Br/BC/c5tajtPvKK8cQvSfk=&ky=3R8p9R1j&opt=/y2w92n0ZLw=&dr=07t91j



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-00913-01(3645-2019)  
**Demandante:** José Darío Vargas Orozco

allegado prueba de que antes de la expedición del acto de retiro había presentado la queja formal del acoso laboral o por lo menos que le dio a conocer esa situación a su nominador, pero ello no se encuentra probado en el expediente, toda vez que, la queja de las conductas presuntamente constitutivas de acoso laboral fue radicada por él, el 14 de julio de 2014, el mismo día en que fue expedido el acto de retiro y con anterioridad, como lo informa el Director de Talento Humano al a quo, no existe queja en trámite en el Comité de Convivencia de la entidad, lo que quiere decir, que no pudo ser ésta la motivación del acto de insubsistencia.

De otra parte, en relación con el argumento expuesto por el actor consistente en que se omitió la anotación en su hoja de vida de las causas que motivaron su retiro, como se advirtió en el marco normativo y jurisprudencial, dicha omisión no vicia de nulidad el acto administrativo.

En consecuencia, pese a que en el caso concreto no se dejó constancia en la hoja de vida de cuáles fueron los motivos que dieron lugar a la remoción, ya que, como se evidencia en las pruebas que obran el expediente, no existe tal anotación, ello no da lugar a la nulidad del acto administrativo demandado, pues no afecta las garantías fundamentales del funcionario, por cuanto el retiro del servicio para ese tipo de empleos está previsto como una atribución de naturaleza discrecional que autoriza al nominador a disponerlo sin exteriorizar sus motivos por la prevalencia del interés general sobre el particular, representado en la presunción de mejora del servicio que lleva consigo el acto de retiro, y si acaso, la omisión puede constituir una falta disciplinaria del servidor que no cumplió con este trámite<sup>36</sup>.



En consideración a lo expuesto, la Sala señala que tal como lo consideró el Tribunal, de la evidencia aportada no se puede colegir que se configuró el vicio de desviación de poder esgrimido y tampoco se logró demostrar que el acto administrativo acusado es contrario a derecho, en consecuencia se confirma la sentencia proferida por el a quo.

---

<sup>36</sup> Así lo estableció esta Sala en la Sentencia de 22 de noviembre de 2018, expediente 5037-16, Magistrado ponente: William Hernández Gómez.



#### 4. Costas.

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho<sup>37</sup>, los llamados en la Ley 1437 de 2011 gastos ordinarios del proceso<sup>38</sup> y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto al recurso de apelación surtido ante esta Corporación, se condenará en costas en segunda instancia a la parte demandante, toda vez que, se cumplen los presupuestos de los numerales 1 y 3 del artículo 365 del Código General del Proceso,<sup>39</sup> puesto que se ha resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y se acreditó que se causaron, ya que las entidades demandadas alegaron de conclusión.



En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de 4 de abril de 2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda en el proceso promovido por José Darío Vargas Orozco contra el Distrito Capital y la Personería de Bogotá.

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas a la parte demandante en esta instancia. Las mismas se liquidarán de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

<sup>37</sup> Artículo 361 del Código General del Proceso.

<sup>38</sup> Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

<sup>39</sup> 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este Código. (...).”



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000-23-42-000-2015-00913-01(3645-2019)  
**Demandante:** José Darío Vargas Orozco

**TERCERO.** Ejecutoriada esta providencia devolver el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en el programa «SAMAI».

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión de veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022).

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**  
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**  
FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

**AUSENTE CON PERMISO**  
**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>

