

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 212

Panamá, 24 de febrero de 2021

Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.

Alegato de Conclusión
(Concepto de la Procuraduría de la Administración).

El Doctor **José Luis Romero González**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare la nulidad parcial, por ilegal, del **Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017**, emitido por el **Ministerio de Seguridad Pública**, por medio del cual se asciende al rango de Mayor de la Policía a **Elaine Onica Delgado G.**

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 135 de 1943, modificado por el artículo 39 de la Ley 33 de 1946, para presentar, en tiempo oportuno, el concepto de Ley dentro del alegato de conclusión de la Procuraduría de la Administración relacionado con el proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Cuestión Previa.

Conforme observa este Despacho, el día 17 de enero de 2020, el Doctor **José Luis Romero**, actuando en su propio nombre y representación, interpuso una Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad en la que solicita que se declare que es ilegal, de **manera parcial**, el **Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017**, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se **asciende al rango de Mayor de la Policía Nacional a Elaine Onica Delgado G.**

En relación con lo anterior consideramos pertinente señalar que el **Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017**, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, realiza el ascenso de un número considerable de funcionarios de la Policía Nacional, en diferentes rangos.

A nuestro juicio, de la pretensión descrita en la demanda y reproducida en el párrafo previo, se colige que **el actor tiene interés en que el beneficio otorgado a Elaine Onica Delgado G., por**

medio del acto objeto de controversia, sea declarado ilegal, en lo que respecta a la prenombrada.

En este contexto debemos destacar, que el acto administrativo en estudio, prevé dos (2) situaciones a saber: el nombramiento por razón del ascenso al rango de Mayor de la Policía Nacional a **Elaine Onica Delgado G.**; y el ajuste salarial de la misma en una nueva posición.

1.1 En cuanto a la solicitud de nulidad del ascenso debemos indicar que, este **viene a constituir un acto condición** como bien es conocido en la doctrina y la jurisprudencia. Este acto condición es aquel que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal o hacer regular el ejercicio de un poder legal.

En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar que el nuevo ascenso al rango de "Mayor" le otorga a **Elaine Onica Delgado G.**, un status legal que le permite ejercer una actividad que trasciende sobre la sociedad, pero además de ello se ha configurado acorde a las normas legales, **por lo que, si la prenombrada, no reúne los requisitos establecidos para su promoción, se está violando el orden legal objetivo, y en tal circunstancia cualquier persona por medio de una demanda contenciosa de nulidad puede impugnar tal nombramiento.**

En un caso similar al que se analiza, estimamos oportuno citar el Auto de 26 de abril de 2006, que señaló en cuanto a la materia del "**acto condición**" lo siguiente:

"El resto de los Magistrados integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en calidad de Tribunal de Segunda Instancia, conocen del recurso de apelación promovido contra el Auto de 13 de diciembre de 2005 por la firma Suárez, Castellero, Holmes & Richa, en representación de ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ (A.P.U.T.), para que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo mediante el cual se nombra al Ingeniero César Encalada como Director de Centro de Proyectos de la U.T.P.

El Magistrado Sustanciador no admitió la demanda por considerar que la demandante equivocó la vía al interponer demanda nulidad, pues en el presente caso se afectan derechos subjetivos propios de la actora, debiendo promover una acción de plena jurisdicción.

La recurrente manifiesta principalmente en su escrito de apelación de fojas 17 a 20, que la resolución apelada debe revocarse, pues el acto impugnado es un acto condición, el cual coloca a un individuo en una situación jurídica impersonal,

situación ésta que ya existía con anterioridad y la cual no fue creada para ese sujeto en especial, pudiendo ser demandables a través de una acción popular, que puede ser utilizada por cualquier persona, debido que se trata de una situación jurídica general, que podría afectar el orden jurídico si dicho acto es contrario a la ley.

DECISIÓN DE LA SALA

Evacuados los trámites de la Ley, el resto de los Magistrados que integran la Sala proceden a resolver el recurso de apelación bajo examen, previa las siguientes consideraciones:

En efecto, se advierte que el acto administrativo mediante el cual se nombra al Ingeniero César Encalada como Director de Centro de Proyectos de la U.T.P, viene a ser un acto condición como bien es conocido en la doctrina y de igual forma acogido por nuestra jurisprudencia. Este acto condición es aquel que tiene por objeto jurídico colocar a un individuo en una situación jurídica impersonal o hacer regular el ejercicio de un poder legal. Dicho cargo le otorga un status legal que le permite ejercer una actividad que repercute sobre la colectividad, pero además de ello se ha configurado con un supuesto ajuste a las normas legales, por lo que, si el funcionario nombrado no cumple ni reúne los requisitos establecidos para su designación, se está violando el orden legal objetivo, y en tal circunstancia cualquier persona por medio de una demanda contenciosa de nulidad puede impugnar tal nombramiento. Es oportuno señalar que la Sala Tercera ha tenido la oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones sobre lo anteriormente anotado, tal y como se advierte en Resoluciones de 13 mayo de 1993 (Manuel Gilberto Vence contra el Decreto Ejecutivo emitido por conducto del Ministerio de Salud, mediante el cual se nombró a la señora Nubia De Castillo como Técnica Jefe en Radiología del Hospital Santo Tomás); Resolución de 19 de mayo de 1993 (José Osvaldo Gordón, para que se declare nula por ilegal, la Resolución N°101-30-15 de 15 de abril de 1993 emitida por el Consejo Municipal de Colón); Resolución de 15 de septiembre de 1994 (Teófanos López Resolución N° 58- C. T. de 30 de julio de 1991 expedida por el Consejo Técnico de Salud).

Por las razones expuestas, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCAN** la Resolución de 13 de diciembre de 2005, dictada por el Magistrado Sustanciador y en consecuencia, **ADMITEN** la demanda contenciosa-administrativa de nulidad, promovida por la firma Suárez, Castellero, Holmes & Richa, en representación **ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE LA UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DE PANAMÁ (A.P.U.T.).**" (El destacado es nuestro y el subrayado es de la Sala Tercera).

1.2 Sin embargo, es importante traer a colación una doctrina ampliamente desarrollada en el derecho colombiano específicamente a través del Consejo de Estado como ha sido la doctrina de los móviles y finalidades, la cual ha dado lugar posteriormente a modificaciones en el Código de Procedimiento Contencioso Administrativo Colombiano. Dicha doctrina que a su vez por mucho tiempo generó una profunda tirantez entre la Corte Constitucional colombiana y el Consejo de Estado, ha dejado en evidencia la importancia de atender otros aspectos que van más allá que el solo determinar que la demanda de nulidad pueda ser interpuesta por actos administrativos de contenido particular. Esto se ve precisamente enfocado en aquella relevancia que se le debe dar al contenido del acto administrativo de naturaleza particular, en otras palabras, resulta relevante definir las consecuencias que va a tener la declaratoria de nulidad de dicho acto en el evento que el mismo se materialice. En otras palabras, si la sola declaratoria de nulidad del acto administrativo de contenido particular o creadora de derechos representa en sí misma el restablecimiento del derecho subjetivo lesionado, luego entonces tendríamos que analizar hasta qué punto se podría conceder una actuación de esta naturaleza contra un acto administrativo que tiene estas características.

En esta oportunidad, este Despacho tiene a bien citar como ejemplo una Sentencia del Consejo de Estado de Colombia, que explica las consecuencias de la declaratoria de nulidad de un acto particular, si éste ha reconocido derechos particulares. Veamos:

“Pero el Consejo de Estado, consecuentemente con la doctrina que hasta el momento ha defendido rebatió las argumentaciones de la Corte Constitucional y en lo referente a las mismas, ha dicho en pronunciamiento de Sala Plena de marzo 04 de 2003: ‘El punto de vista de la Corte Constitucional se revela frágil en sus fundamentos e incoherente en sí mismo y con el sistema normativo que regula la materia contencioso administrativa... de esta forma si se acepta esta interpretación se llegaría a manera de ejemplo, a situaciones absurdas como aquella en donde se decreta la nulidad del acto de reconocimiento de una pensión manifiestamente ilegal, pero subsiste la obligación del Estado, a pesar de que no haya sustento jurídico de seguir reconociendo los derechos que allí se generaron... se estaría desconociendo la institución del decaimiento de los actos administrativos... en igual forma se desconocería el principio de agotamiento de vía gubernativa... además se estaría legitimando las vías de hecho administrativas.’

En ese caso el Consejo de Estado centra la defensa de su teoría en los efectos prácticos del fallo, en lo que estamos de

acuerdo, pues qué pasaría con la declaratoria de nulidad de un acto particular si ha reconocido situaciones jurídicas o derechos particulares?, quedarías sin sustento jurídico, convirtiéndose entonces en situaciones que reconocen derechos, y son declaradas contrarias al ordenamiento jurídico. Entonces vendría a presentarse una nueva modalidad de origen de los derechos que no es otra que las situaciones de ilegalidad; así, la ilegalidad fuente de derechos. Pero consideramos además que los razonamientos del Consejo de Estado tienen un alto grado de validez sobre los de la Corte Constitucional, porque los actos administrativos de carácter particular y concreto tienen un sentido de interés primordialmente particular, del cual derivan su control que no debe ser otro que el de la acción de nulidad y el restablecimiento del derecho; pues en últimas ese interés particular desdibuja los intereses generales que controlan la acción de simple nulidad cuando vela por el mantenimiento del orden jurídico. No puede ser que una decisión de anulación de un acto administrativo se convierta en simple ejercicio académico y que no surta efectos reales dentro de la actividad práctica tanto de la jurisdicción como el de la Administración." (GUECHA MEDINA, Ciro Nolberto, Contratos Administrativos. Control de Legalidad en el Procedimiento Administrativo de Contratación, Editorial Ibañez, páginas 477 a 478).

1.3 Autoridad Competente.

La demanda en estudio, tiene como propósito determinar si el Ministerio de Seguridad Pública, al reconocer el ascenso al grado de Mayor en la Policía Nacional y ajuste de sueldo a **Elaine Onica Delgado G.**, lo hizo en cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que rigen la materia.

En razón de ello, procedemos, a precisar en primer lugar, que el acto que motiva la presentación de la acción de nulidad, consiste en el **Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017**, por medio del cual, el Ministerio de Seguridad Pública, resolvió, entre otras cosas, otorgar ascenso al grado de Mayor en la Policía Nacional y ajuste de sueldo a **Elaine Onica Delgado G.**

En este sentido, revelan las constancias contenidas en el expediente judicial y administrativo, que **Elaine Onica Delgado G.**, ingresó a la Policía Nacional el día 31 de mayo de 2001, en calidad de Agente, para después ir ascendiendo hasta alcanzar el rango de Mayor, el día 16 de mayo de 2017 (Cfr. fojas 43 y 56 del expediente judicial).

La acción de personal adoptada, que se acusa de ilegal, tuvo como fundamento legal, los artículos 77, 78, 79, 80 y 81 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997; y el artículo 274 del Decreto Ejecutivo 172 de 29 de julio de 1999, disposiciones que en su orden se refieren, a los ascensos que se conferirán a los miembros de la Policía Nacional; que los miembros de la Policía Nacional tendrán derecho a ser

ascendidos al cargo inmediatamente superior por disposición del Órgano Ejecutivo; que dichos ascensos se considerarán estímulos al mérito profesional, a la antigüedad y a la eficiencia en el servicio policial; que no podrán ser ascendidos los policías llamados a juicio en procesos penales, los detenidos, los suspendidos del cargo por orden de autoridad competente, los que no hayan prestado servicio en el cargo inmediatamente anterior y quienes padezcan trastornos psiquiátricos debidamente comprobados; que el Órgano Ejecutivo reglamentará el sistema de evaluación, así como su periodicidad, el valor de sus resultados y demás detalles necesarios, para que dicho sistema tenga efectos correctivos y de motivación; y, que se consideran incentivos económicos, entre otros, los ascensos y promociones según la ley y el reglamento.

Señalados los hechos anteriores, este Despacho advierte, que el procedimiento para lograr el ascenso al grado de Mayor, del cual se hizo acreedora **Elaine Onica Delgado G.**, se encuentra comprendido, además de las normas citadas en el párrafo anterior, en las **condiciones preestablecidas en el artículo 90 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997**, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 90. Los ascensos y cargos serán otorgados por el Presidente de la República, previa recomendación del Director General de la Policía Nacional y del Ministro de Gobierno y Justicia, de acuerdo con la hoja de vida del miembro de la Policía Nacional.” (El subrayado es nuestro).

1.3.1 Ley Orgánica de la Policía Nacional.

Los artículos 4 y 60 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997 Orgánica de la Policía Nacional, **reconocen al Presidente de la República, como jefe máximo de esa institución, quien con la participación del Ministro de Seguridad Pública, ascenderá a los miembros de dicho estamento, con sujeción a las disposiciones que al efecto establezca la referida Ley.** Estas normas son del tenor siguiente:

“Artículo 4. El Presidente de la República, jefe máximo de la Policía Nacional dispondrá de su uso conforme a la Constitución Política y las leyes, y ejercerá su autoridad mediante órdenes, instrucciones o reglamentos y resoluciones, dictados directamente por él. Para los propósitos del fiel cumplimiento de sus objetivos, la Policía Nacional queda adscrita al Ministerio de Gobierno y Justicia siendo su superior jerárquico Inmediato el respectivo ministro.” (El subrayado es nuestro).

“Artículo 60. El presidente de la República, con la participación del Ministro de Gobierno y Justicia nombrará, cesará y ascenderá a los miembros de la Policía Nacional, con sujeción a las disposiciones que al efecto establezcan esta Ley y los reglamentos.”
(La subraya es de este Despacho).

La falta de competencia constituye una nulidad absoluta; no obstante, declararla vulneraría los derechos adquiridos de terceros que no fueron llamados al proceso, y en tal sentido nos circunscribimos a emitir nuestra opinión a la pretensión del demandante que atiende a la nulidad parcial del acto acusado. Sin antes no dejar de poner de relieve estos tres (3) aspectos que consideramos tremendamente importantes deban ser ponderados por la Honorable Sala Tercera; es decir, la viabilidad de la demanda; la teoría de los medios y finalidades; y la falta de competencia de quien emitió el acto administrativo.

II. Antecedentes.

En la Vista Fiscal 1034 de 13 de octubre de 2020, este Despacho manifestó que en el negocio jurídico bajo examen, la situación planteada por el accionante consistía en que se **declarara la nulidad parcial**, por ilegal, del **Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017**, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, a través del cual se **ascendió al rango de Mayor de la Policía Nacional a Elaine Onica Delgado G.**, mismo que citamos, para mejor referencia:

“RESUELTO DE PERSONAL No. 120-1
(DE 4 DE MAYO DE 2017)

POR EL CUAL SE RECONOCEN VARIOS ASCENSOS Y AJUSTES DE SUELDOS POR ASCENSO EN LA POLICIA NACIONAL, MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA.

EL MINISTERIO DE SEGURIDAD PÚBLICA
EN USO DE SUS FACULTADES LEGALES,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: SE ASCIENDEN A LOS SIGUIENTES SERVIDORES PÚBLICOS, ASÍ:

...

ELAINE ONICA DELGADO G

CÉDULA NO. 8-732-1186 SEGURO
SOCIAL NO. 8-732-1186 CAPITAN,
CÓDIGO 8025050, PLANILLA NO.110,
POSICION NO.10549, SUELDO
B/1,710.00, MÁS B/350.00 DE GASTOS
DE REPRESENTACIÓN, MÁS B/163.20
DE SOBRESUELDO POR ANTIGÜEDAD,
MÁS B/50.00 DE SOBRESUELDO POR

TÍTULO UNIVERSITARIO. A MAYOR, CÓDIGO 8025040, CON SUELDO DE B/.2,200.00, MÁS B/.163.20 DE SOBRESUELDO POR ANTIGÜEDAD, MÁS B/.50.00 DE SOBRESUELDO POR TÍTULO UNIVERSITARIO. CON CARGO A LAS PARTIDAS: G.001820101.001.001, G.001820101.001.011 Y G.001820101.001.019.

GASTOS DE REPRESENTACIÓN POR B/.500.00, CON CARGO A LA PARTIDA G.001820101.001.030.

PARAGRAFO: ...
Para los efectos fiscales este Resuelto entrará en Vigencia a partir del 4 de Mayo de 2017.

Los pagos adeudados de vigencias anteriores serán cancelados vía planilla adicional y en atención a la disponibilidad presupuestaria.

FUNDAMENTO LEGAL: Ley 18 del 3 de junio de 1997, Artículos 77 al 81 y Decreto N°172 del 29 de julio de 1999, Artículo 274.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

DADO EN LA CIUDAD DE PANAMÁ, A LOS 4 DÍAS DEL MES DE MAYO DE 2017

(FDO.) ALEXIS BETHANCOURT YAU
MINISTRO DE SEGURIDAD PÚBLICA" (Cfr. fojas 35, 36 y 42 del expediente judicial).

En este orden de ideas, también señalamos que el recurrente expresa que, **Elaine Onica Delgado G.**, no debió ser beneficiada con el reconocimiento del ascenso al grado de Mayor en la Policía Nacional y el consecuente ajuste de sueldo, toda vez que para el día 4 de mayo de 2017, fecha en que se emitió el **Resuelto de Personal número 120-1**, objeto de reparo, ésta **no cumplía con los requisitos de antigüedad que se requieren para este cargo**, ya que únicamente contaba con doce (12) años y cuatro (4) meses en el rango de Oficial, y además sólo tenía dos (2) años y once (11) meses en la posición de Capitán, que es la inmediatamente anterior al rango de Mayor. En ese sentido, las disposiciones que rigen la materia señalan un mínimo de catorce (14) años que se establece para el nivel de oficial superior, y cinco (5) años en el cargo de Capitán, para ser ascendido al grado de Mayor, y **también alega que, dicho ascenso debió ser otorgado por el Presidente de la República**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 77, 78, 79 y 90 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997;

los artículos 395, 396, 397, 399, 402 y 409 del Decreto Ejecutivo 172 de 29 de julio de 1999; y el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional (Cfr. fojas 15-29 del expediente judicial).

Añade el accionante que, el acto impugnado ha infringido de forma directa por comisión el artículo 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, **que se refiere al fenómeno jurídico denominado desviación de poder**, ya que a su parecer se ha querido revestir con razones legales, el ascenso otorgado a **Elaine Onica Delgado G.**, al grado de Mayor a través del **Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017**, sin haber cumplido con los requisitos y procedimientos que al efecto establece la Ley Orgánica de la Policía Nacional y sus reglamentos, por lo que considera que esta conducta resulta en detrimento de la institución y del resto de sus miembros (Cfr. fojas 30-31 del expediente judicial).

Así mismo, indicamos que, dado que las pruebas incorporadas al expediente en esa etapa inicial, entre éstas, la copia autenticada de la hoja de vida laboral de **Elaine Onica Delgado G.**; la copia autenticada de la hoja de vida laboral de **Elaine Onica Delgado G.**; la copia autenticada del Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se asciende al rango de Mayor de la Policía Nacional a la prenombrada, y toma de posesión de 4 de mayo de 2017, mediante Acta de Toma de Posesión 4; la copia autenticada del Resuelto de Personal número 119-1 de 6 de junio de 2014, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se asciende al rango de Capitán de la Policía a **Elaine Onica Delgado G.**, y toma de posesión el 6 de junio de 2014, por medio del Acta de Toma de Posesión 46; la copia autenticada del Resuelto de Personal número 131 de 27 de noviembre de 2009, emitido por el Ministerio de Gobierno y Justicia, por medio del cual se asciende al rango de Teniente de la Policía a **Elaine Onica Delgado G.**, y toma de posesión el 1 de diciembre de 2009, por medio del Acta de Toma de Posesión 124; la copia autenticada del Resuelto de Personal número 466 de 22 de octubre de 2004, emitido por el Ministerio de Gobierno y Justicia, por medio del cual se asciende al rango de Sub-Teniente de la Policía a **Elaine Onica Delgado G.**, y toma de posesión el 27 de enero de 2005, por medio del Acta de Toma de Posesión 12; la copia autenticada del Resuelto de Personal número 180 de 14 de mayo de 2001, emitido por el Ministerio de Gobierno y Justicia, por medio del cual se nombra

a **Elaine Onica Delgado G.**, como Guardia de la Policía, y toma de posesión el 31 de mayo de 2001, por medio del Acta de Toma de Posesión 27, no permitían determinar de manera clara y objetiva si, en efecto, al expedir el acto objeto de controversia, se infringieron las disposiciones que se aducen en la demanda, lo cual resultaba imprescindible para emitir una opinión de fondo en el proceso que ocupa nuestra atención (Cfr. fojas 34-59 del expediente judicial).

Por esa razón, se estimó que **el concepto de la Procuraduría de la Administración debería quedar supeditado a lo que se estableciera en la etapa probatoria**, tanto por el demandante, como por el **Ministerio de Seguridad Pública** y el tercero interesado, **Elaine Onica Delgado G.**

III. Actividad Probatoria.

Al respecto, se observa que a través del Auto de Pruebas 347 de 28 de diciembre de 2020, se **admitió** a favor de la actora: los documentos visibles de fojas 34 a 57-59 del expediente judicial, con fundamento en el artículo 833 del Código Judicial; y *“la copia autenticada del expediente administrativo de personal de Elaine Onica Delgado. Cabe señalar que esta prueba fue aducida por el Procurador de la Administración en su vista de contestación de la demanda (foja 86) y por como Elaine Onica Delgado como tercera interesada (foja 76)”* (Cfr. fojas 93 y 94 del expediente judicial).

La Sala Tercera, por medio del **Oficio 74 del 20 de enero de 2021**, le solicitó, respectivamente, al **Ministerio de Seguridad Pública**, la copia autenticada del expediente administrativo que guarda relación con el ascenso de **Elaine Onica Delgado G.** (Cfr. foja 99 del expediente judicial).

En este escenario, es importante destacar que, en lo que respecta a la información solicitada a la entidad demandada a la que nos hemos referido en el párrafo que precede, la misma fue remitida al Tribunal, a través de la **Nota número 002-ADM-01-2021 de 22 de enero de 2021** (Cfr. foja 100 del expediente judicial).

Tal como advertimos, se observa que en el expediente administrativo que guarda relación con el negocio bajo estudio, no se han aportado nuevos elementos ni se ha producido una variación en las circunstancias y consideraciones que nos permitan establecer que el ascenso al rango de Mayor de la Policía Nacional de **Elaine Onica Delgado G.**, se realizó en debida forma, debido a que no se

aprecia que se diera fiel cumplimiento a los requisitos que exigen la Ley 18 de 1997; el Decreto Ejecutivo No.172 de 1999; y el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional, publicado en la Orden General del Día número 136 de 18 de julio de 2007, de allí, que tal situación no ha cambiado nuestro criterio en el sentido que otorgar dicho reconocimiento a la prenombrada cumpliera con todos los presupuestos que señalan las normas legales y reglamentarias antes mencionadas.

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Antes de analizar los cargos de ilegalidad formulados por el Doctor **José Luis Romero González** en su demanda, la normativa que regula la materia, y las pruebas incorporadas al expediente judicial, esta Procuraduría procede a emitir su concepto, advirtiendo que, tal como se indica en los párrafos anteriores, el acto administrativo mediante el cual se asciende a **Elaine Onica Delgado G.**, como Mayor de la Policía Nacional, viene a ser un acto condición y conforme se demostrará, **le asiste la razón al demandante**; criterio que basamos en las razones de hecho y de Derecho que exponemos a continuación.

4.1 Norma Reglamentaria.

En ese mismo orden de ideas, **el artículo 397 del Decreto Ejecutivo 172 de 29 de julio de 1999**, señala que: *"El ascenso de Oficiales, Clases y Agentes, se concederá por disposición del señor Presidente de la República con la participación del señor Ministro de Gobierno y Justicia, basados en recomendaciones efectuadas por el Director General de la policía Nacional, una vez cumplidos los requisitos establecidos"*.

De lo antes expuesto, resulta claro que, **el Ministro de Seguridad Pública no tiene la prerrogativa para ascender a los miembros de la Policía Nacional, sin la aprobación del Presidente de la República, tal como ocurrió con la emisión del Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017, objeto de reparo, puesto que como ya hemos advertido la actuación de esa autoridad superior, es obligatoria, por ser ésta una facultad que viene dada expresamente a través de la propia ley.**

En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar que, el artículo 89 de la Ley 18 de 1997, Orgánica de la Policía Nacional, establece los niveles y cargos en ese ente de seguridad pública, norma que citamos a continuación:

“Artículo 89. La Policía Nacional consta de los siguientes niveles y cargos:

1. Nivel básico: agente, cabo segundo, cabo primero, sargento segundo, y sargento primero.

2. Nivel de oficiales: subteniente, teniente, capitán y mayor.

3. Nivel superior: subcomisionado y comisionado.

4. Nivel directivo: director y subdirector general.”(El destacado es de este Despacho).

4.2 Manual de Ascenso de 2007 de la Policía Nacional.

Dentro del contexto anteriormente expresado, observamos que, el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional, publicado en la Orden General del Día número 136 de 18 de julio de 2007, con fundamento en el Decreto Ejecutivo 172 de 1999, que desarrolla la Ley 18 de 1997, que contiene la Ley Orgánica de la Policía Nacional, establece que para recibir los beneficios de ascensos al cargo inmediatamente superior al que tienen, se tomarán en cuenta una serie de elementos.

Concretamente, el mencionado Manual de Ascenso 2007, indica los requisitos generales para el ascenso de una unidad de policía, así como los requerimientos para optar por el rango de Mayor, los que detallamos a continuación:

“CAPITULO VII

REQUISITOS GENERALES PARA ASCENSO

Los Requisitos Generales de ascenso que se describen a continuación, estarán enmarcados dentro de las normas que establece el artículo 409 del Decreto Ejecutivo No.172 del 29 de julio de 1999 que a la letra dice:

‘Anualmente el Director General dispondrá la cantidad de plazas vacantes para cada cargo, en atención al presupuesto de la institución y a las necesidades de la misma’

Son requisitos para ascensos:

- a. Acreditar la antigüedad en el Rango.
- b. Obtener la evaluación mínima de desempeño en su Rango (evaluación igual o superior a 71 puntos).

- c. Poseer conducta adecuada conforme con la moral social e institucional en el rango (evaluación igual o superior a 71 puntos).
- d. Poseer aptitudes físicas comprobadas, por servicio y edad (evaluación igual o superior a 71 puntos).
- e. Aprobar el examen de admisión en los Rangos establecidos en este Manual.
- f. Aprobar examen o Curso de ascenso." (El subrayado es de la Procuraduría).

"REQUISITOS POR RANGO:

Nivel Oficiales Superior:

...

Mayor

Para ascender a Mayor, el Capitán deberá satisfacer los requisitos siguientes:

1. Acreditar un mínimo de catorce años de antigüedad en el servicio como Oficial.
2. Acreditar un mínimo de cinco años de antigüedad en el grado (rango) inmediatamente anterior (Capitán).
3. Acreditar un promedio de Evaluación Integral de Desempeño, Prueba de Evaluación Física y Conducta igual o mayor a 71%, comprendido en los cinco años anteriores.
4. Aprobar con puntaje igual o mayor a 71% el Examen de Admisión al curso de ascenso. (OPCIONAL).
5. Haber aprobar el Curso Perfeccionamiento para ascensos, con una evaluación igual o mayor a 71%. (OPCIONAL)." (La subraya es de la Procuraduría).

4.3 Conclusiones.

En este contexto debemos destacar, que **Elaine Onica Delgado G.**, ingresó al nivel de oficiales superior, en calidad de Sub-Teniente el día 27 de enero de 2005, para después ir ascendiendo hasta alcanzar el rango de Mayor, que se le reconoció a través del acto que se acusa de ilegal, situación que se encuentra acreditada a través de los actos que detallamos:

1. El Resuelto de Personal 466 de 22 de octubre de 2004, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se asciende al rango de Sub-Teniente de la Policía Nacional a Elaine Onica Delgado G., y toma de posesión el 27 de enero de 2005, mediante Acta de Toma de Posesión 12;
2. El Resuelto de Personal 131 de 27 de noviembre de 2009, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se asciende al rango de Teniente de la Policía Nacional

- a Elaine Onica Delgado G., y toma de posesión el 1 de diciembre de 2009, mediante Acta de Toma de Posesión 124;
3. El Resuelto de Personal 119-1 de 6 de junio de 2014, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, por medio del cual se asciende al rango de Capitán de la Policía Nacional a Elaine Onica Delgado G., y toma de posesión el 6 de junio de 2014, por medio del Acta de Toma de Posesión 46;
 4. El Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017, dictado por el Ministerio de Seguridad Pública, por cuyo conducto se asciende al rango de Mayor de la Policía Nacional a Elaine Onica Delgado G., y toma de posesión el 4 de mayo de 2017, por medio del Acta de Toma de Posesión 4.

Lo expuesto hasta aquí, nos permite afirmar que **el ascenso al grado de Mayor, otorgado a Elaine Onica Delgado G., no cumplió con los requisitos específicos que se exigen para el nivel de Oficiales de ese rango, ya que éste únicamente contaba con doce (12) años y cuatro (4) meses en el rango de Oficial, y además sólo tenía dos (2) años y once (11) meses en la posición de Capitán, que es la inmediatamente anterior al rango de Mayor; sin embargo, la norma señala que se deben acreditar un mínimo de catorce (14) años de antigüedad en el servicio como Oficial; y, un mínimo de cinco (5) años de antigüedad en el grado inmediatamente anterior; es decir, el de Capitán.**

Por otro lado, **al argumentar a favor de su pretensión, el recurrente aduce que al emitirse el acto acusado de ilegal, el Ministerio de Seguridad Pública desconoció los requisitos establecidos en la Ley 18 de 1997, el Decreto Ejecutivo No.172 de 1999 y el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional, publicado en la Orden General del Día número 136 de 18 de julio de 2007, lo que constituye un acto de desviación de poder,** puesto que, se debieron seguir los procedimientos y ofrecer condiciones de igualdad a los miembros de la Policía Nacional que tuvieran derecho a ser ascendidos al cargo inmediatamente superior, con la finalidad que se permitiera seleccionar objetivamente a las unidades de ese estamento de seguridad, fundamentado los mismos en razones que atiendan al mérito profesional, a la antigüedad y a la eficiencia en el servicio policial,

basándose para ello en los requisitos contenidos en las disposiciones jurídicas que rigen la materia (Cfr. fojas 30 a 31 del expediente judicial).

La situación jurídica planteada permite establecer que el **Ministerio de Seguridad Pública** al emitir la resolución que le otorga el ascenso al rango de Mayor de la Policía a Elaine Onica Delgado G., incumplió lo dispuesto en la Ley y los reglamentos que rigen en esa materia, lo que denota una vulneración al principio de debido proceso y el principio de legalidad que deben imperar en todos los actos que expida la Administración Pública, de ahí que tal actuación se configura en un vicio que hace anulable el acto, por lo que el argumento que esgrime el actor en el sentido que, la entidad actuó con desviación de poder, encuentra asidero legal, ya que a juicio de esta Procuraduría, dicha conducta se aparta de los fines que señala el ordenamiento jurídico.

En este sentido, vale acotar, que si bien a **Elaine Onica Delgado G.**, se le reconoció el grado de Mayor en la Policía Nacional y ajuste de sueldo; lo cierto es, que al momento de dictarse el Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017 y el Acta de Toma de Posesión número 4 de 4 de mayo de 2017, ésta no había cumplido con el mínimo de catorce (14) años de antigüedad en el nivel de oficial, y cinco (5) años de antigüedad en el cargo inmediatamente anterior; es decir, como Capitán, para ser ascendido al grado de Mayor, lo que nos lleva a la conclusión, que aquella no podía ser beneficiada con dicho ascenso y mucho menos tomar posesión del cargo de Mayor, de ahí que tal actuación configura un vicio de nulidad conforme al artículo 52 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 52: Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:

1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
2. Si se dictan por autoridades incompetentes;
3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
- 4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;**
5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado.” (Lo resaltado es nuestro).

Ahora bien, la doctrina también destaca los planteamientos del jurista Olgún Juárez, de quien el Doctor Santofimio hace referencia en su obra y señala que: ***“Los actos son válidos cuando han sido emitidos en conformidad a las normas jurídicas, cuando su estructura consta de todos los elementos que les son esenciales... es decir la validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico.”*** (OLGUIN JUÁREZ, Hugo A., Extinción de los actos administrativos; revocación, invalidación y decaimiento. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, pág. 21).

En el marco de lo antes expuesto, podemos colegir con meridiana claridad que el acto acusado de ilegal fue emitido al margen del principio de debido proceso y del principio de legalidad, al reconocerle el grado de Mayor en la Policía Nacional y ajuste de sueldo a una persona que carecía de las condiciones y requisitos para ser ascendida a dicho rango, tal como lo establecen las normas que rigen la materia.

Nuestro concepto también encuentra sustento en el hecho que el mencionado Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017, debió ser emitido por el Presidente de la República, con la participación del Ministro de Seguridad Pública, con sujeción a las disposiciones que al efecto establezcan la Ley y los reglamentos, lo que viene a confirmar que el procedimiento para ascender a **Elaine Onica Delgado G.**, vulneró los artículos 77, 78, 79 y 90 de la Ley 18 de 3 de junio de 1997; los artículos 395, 396, 397, 399, 402 y 409 del Decreto Ejecutivo 172 de 29 de julio de 1999; el Manual de Ascenso 2007 de la Policía Nacional; y, el artículo 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, puesto que el mismo se llevó a cabo sin atender las disposiciones legales sobre la materia.

Por otra parte, con relación al ajuste de sueldo que se le otorgó a **Elaine Onica Delgado G.**, después de haber sido ascendida al rango de Mayor de la Policía Nacional, es importante advertir, que este beneficio es el resultado de dicha promoción, por lo que en nuestra opinión, el mismo, así como el referido ascenso devienen en ilegales, pues si el grado que es la razón principal, no cumplió con las normas legales y reglamentarias, la consecuencia; es decir, el ajuste salarial, también sobreviene en ilegal.

Por todo lo expuesto, este Despacho es de la opinión que la infracción de las normas descritas en el párrafo precedente, así como las circunstancias de hecho y de Derecho a las que ya nos hemos referido, son suficientes para solicitar respetuosamente a los Magistrados que integran la Sala Tercera, que se sirvan declarar **PARCIALMENTE ILEGAL el Resuelto de Personal número 120-1 de 4 de mayo de 2017**, emitido por el Ministerio de Seguridad Pública, **solo en lo que respecta al ascenso al rango de Mayor de la Policía Nacional de Elaine Onica Delgado G.**

Del Señor Magistrado Presidente,



Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General, Encargada

Expediente 86-20