

Técnico Administrativo	Técnico	4TM	12	8
Técnico Administrativo	Técnico	4TM	11	14
Auxiliar Administrativo	Administrativo	5AM	10	13
Auxiliar Administrativo	Administrativo	5AM	9	44
Auxiliar Administrativo	Administrativo	5AM	8	6
Cajero	Administrativo	5CA	13	1
Oficinista	Administrativo	5OF	6	264
Secretario	Administrativo	5SE	11	13
Secretario	Administrativo	5SE	10	15
Secretario	Administrativo	5SE	9	16
Secretario	Administrativo	5SE	8	23
Secretario Ejecutivo	Administrativo	5SJ	15	4
Secretario Ejecutivo	Administrativo	5SJ	13	20
Secretario Ejecutivo	Administrativo	5SJ	12	14
Auxiliar de Mantenimiento	Operativo	6AN	6	10
Auxiliar de Mantenimiento	Operativo	6AN	4	12
Auxiliar de Servicios Generales	Operativo	6AS	6	19
Auxiliar de Servicios Generales	Operativo	6AS	4	20
Auxiliar de Servicios Generales	Operativo	6AS	3	105
Conductor	Operativo	6CH	8	31
Conductor	Operativo	6CH	6	65
Citador	Operativo	6CI	4	93

8. De acuerdo con la información proporcionada por la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación, en la tabla de ubicación laboral con corte al 17 de mayo de 2018, los siguientes empleos no cuentan con titulares inscritos en carrera administrativa y/o en periodo de prueba; por lo que deben ser provistos con las personas que integran las listas de elegibles vigentes:

Denominación	Código	Grado	Nivel	Vacantes
Asesor	1AS	24	Asesor	2
Asesor	1AS	22	Asesor	1
Asesor	1AS	21	Asesor	11
Asesor	1AS	19	Asesor	154
Jefe de División	2JD	22	Ejecutivo	2
Procurador Judicial II	3PJ	EC	Profesional	20
Procurador Judicial I	3PJ	EG	Profesional	62
Profesional Universitario	3PU	18	Profesional	35
Coordinador Administrativo	3CA	17	Profesional	2
Profesional Universitario	3PU	17	Profesional	379
Profesional Universitario	3PU	15	Profesional	22
Secretario Procuraduría	4SP	13	Técnico	4
Secretario Procuraduría	4SP	12	Técnico	13
Secretario Procuraduría	4SP	11	Técnico	4
Secretario Procuraduría	4SP	10	Técnico	18
Sustanciador	4SU	11	Técnico	194
Sustanciador	4SU	10	Técnico	16
Sustanciador	4SU	9	Técnico	12
Sustanciador	4SU	8	Técnico	34

Técnico en Criminalística	4TC	17	Técnico	1
Técnico en Criminalística	4TC	15	Técnico	2
Técnico Investigador	4TI	17	Técnico	2
Técnico Investigador	4TI	15	Técnico	2
Técnico Investigador	4TI	11	Técnico	2
Técnico Administrativo	4TM	16	Técnico	1
Técnico Administrativo	4TM	14	Técnico	6
Técnico Administrativo	4TM	13	Técnico	3
Técnico Administrativo	4TM	12	Técnico	1
Auxiliar Administrativo	5AM	10	Administrativo	5
Auxiliar Administrativo	5AM	9	Administrativo	10
Auxiliar Administrativo	5AM	8	Administrativo	3
Oficinista	5OF	6	Administrativo	65
Secretario	5SE	11	Administrativo	3
Secretario	5SE	10	Administrativo	1
Secretario	5SE	9	Administrativo	2
Secretario	5SE	8	Administrativo	5
Secretario Ejecutivo	5SJ	15	Administrativo	1
Secretario Ejecutivo	5SJ	13	Administrativo	3
Secretario Ejecutivo	5SJ	12	Administrativo	2
Auxiliar de Mantenimiento	6AN	6	Operativo	2
Auxiliar de Mantenimiento	6AN	4	Operativo	3
Auxiliar de Servicios Generales	6AS	6	Operativo	1
Auxiliar de Servicios Generales	6AS	4	Operativo	4
Auxiliar de Servicios Generales	6AS	3	Operativo	35
Conductor	6CH	8	Operativo	4
Conductor	6CH	6	Operativo	23
Citador	6CI	4	Operativo	26

9. De conformidad con el artículo 7 del decreto 264 del 2000, los empleos de Procurador Judicial pertenecen al nivel profesional, por lo que las listas de elegibles deben ser usadas para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en otros iguales o en empleos de inferior jerarquía; así:

Empleo con lista de elegibles	Empleos iguales con vacantes	Empleos de inferior jerarquía con vacantes
Procurador Judicial II	Procurador Judicial II	Procurador Judicial I, Profesional Universitario, Coordinador Administrativo, Profesional Universitario, Secretario Procuraduría, Sustanciador, Técnico en Criminalística, Técnico Investigador, Técnico Administrativo, Auxiliar Administrativo, Oficinista, Secretario, Secretario Ejecutivo, Auxiliar de Mantenimiento, Auxiliar de Servicios Generales, Conductor y Citador.
Procurador Judicial I	Procurador Judicial I	Profesional Universitario, Coordinador Administrativo, Profesional Universitario, Secretario Procuraduría, Sustanciador, Técnico en Criminalística, Técnico Investigador, Técnico Administrativo, Auxiliar Administrativo, Oficinista, Secretario.

		Secretario Ejecutivo, Auxiliar de Mantenimiento; Auxiliar de Servicios Generales, Conductor y Citador.
--	--	--

10. Si bien es cierto que a la fecha la entidad cuenta con listas de elegibles producto del concurso de méritos realizado; en cumplimiento de la sentencia T-147 de 2013; estas resultan insuficientes para cubrir las **1203 vacantes** relacionadas en el numeral 8 de este escrito.

11. Resulta de especial atención que la entidad haya omitido el deber de proveer las vacantes del empleo Procurador Judicial I con los integrantes de las listas de elegibles de los empleos de Procurador Judicial II, en las especialidades de Conciliación Administrativa y de Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia, toda vez que los elegibles del primer empleo resultaron insuficientes para proveer los cargos convocados; de la siguiente manera:

Denominación del empleo	Dependencia	Cantidad de cargos convocados	Elegibles que integran la lista	Elegibles no nombrados	Vacantes de Procurador Judicial I
Procurador judicial II	Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa	94	239	147	16
Procurador Judicial II	Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia	45	97	52	3

12. Mediante escritos del 02 de mayo de 2017, del 04 de diciembre de 2017 y del 18 de abril de 2018, con radicados E-2017-585730, E-2017-913570 y E-2018-171329 respectivamente, he solicitado a la Procuraduría General de la Nación dar cumplimiento a las normas de carrera establecidas en el decreto 262 del 2000; sin que a la fecha se haya materializado dicho mandato.

13. El próximo 08 y 11 de julio de 2018 vence las listas de elegibles conformadas para proveer los empleos de procurador judicial, y no se ha cumplido el deber de utilizarlas para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, en otros iguales o en empleos de inferior jerarquía.

Derechos e Intereses Colectivos Vulnerados o Amenazados

Los hechos ya expuestos vulneran y/o amenazan los derechos e intereses colectivos relacionados con:

- **La moralidad administrativa:** La legitimidad del Estado Social de Derecho radica en la obligación que tienen autoridades de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico; situación que se desconoce en tanto la Procuraduría General de la Nación incumple la normatividad que regula su sistema especial

de carrera administrativa y amenaza los derechos de aquellas personas que, previo concurso de méritos, tienen una expectativa legítima de ingresar a un empleo público.

- **La defensa del patrimonio público:** El esfuerzo administrativo y económico que significó para la Procuraduría General de la Nación hacer las convocatorias, realizar los concursos y conformar las listas de elegibles, debe traducirse en que la administración saque el máximo provecho de las mismas. Dicho esfuerzo puede cuantificarse mínimamente en la suma de \$2.790.276.781,86 (Dos mil setecientos noventa millones doscientos setenta y seis mil setecientos ochenta y un pesos con ochenta y seis centavos) representados en el contrato ejecutado con la Universidad de Pamplona para la realización del concurso.
- **El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna:** El eficiente funcionamiento de la administración pública requiere que la función estatal sea desempeñada por servidores públicos con cualidades de rigor, competencia y responsabilidad; finalidad que se alcanza a través de los sistemas técnicos y meritocráticos consagrados en los diferentes sistemas de carrera administrativa.

Requerimiento previo - Constitución de renuencia

Mediante escrito del 19 de junio de 2018, con radicado E-2018-280467, solicité al Procurador General de la Nación proteger los derechos e intereses colectivos ya mencionados, cuyo término de respuesta vencería el 11 de julio de 2018; fecha para la cual se causaría el perjuicio irremediable consistente en el vencimiento de las listas de elegibles.

Acorde con lo anterior, se presenta la excepción establecida en el artículo 144 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Competencia

De conformidad con el artículo 152, numeral 16, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y que el lugar de ocurrencia de los hechos es esta ciudad; es usted competente para conocer del presente proceso.

Pruebas

Con la finalidad de soportar los hechos aquí descritos, en el CD anexo podrá encontrar:

1. La resolución 040 del 20 de enero de 2015.- Reglamento del concurso.
2. Las listas de elegibles referenciadas en el numeral 4 de los hechos.
3. El acta de liquidación del contrato de prestación de servicios 179-097-2014 celebrado con la Universidad de Pamplona.
4. Informe de utilización de las listas de elegibles al mes de abril de 2018.
5. Tabla de ubicación laboral relacionada en el numeral 8 de los hechos.
6. Solicitudes de cumplimiento de las normas de carrera con radicados E-2017-585730, E-2017-913570 y E-2018-171329.
7. Requerimiento previo con radicado E-2018-280467.

Así mismo, le solicito respetuosamente requerir a la Procuraduría General de la Nación para que allegue:

- Reporte de las vacantes en empleos de carrera existentes en la entidad, entendiendo estas por aquellas que no cuentan con titular con derechos de carrera o en periodo de prueba.
- El estado actual de las listas de elegibles producto de los concursos de méritos realizados en cumplimiento de las sentencias C-101 y T-147, ambas de 2013.
- Informe sobre las razones por las que no se da cumplimiento al deber de utilizar las listas de elegibles para proveer las vacantes que se presentan en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía.

Anexos

Junto con el presente escrito, se allega el CD relacionado en el acápite de pruebas y las copias necesarias para el traslado y archivo correspondiente.

Notificaciones

- La Procuraduría General de la Nación recibe notificaciones judiciales en el buzón electrónico procesosjudiciales@procuraduria.gov.co
- El suscrito recibirá notificaciones en el correo electrónico egarcesn@gmail.com

Atentamente,

Esteban Garcés N.

Esteban Garcés Naranjo

Cédula de ciudadanía 1.152.186.576 de Medellín



RESOLUCIÓN No. 402

(10 JUL 2018)

"Por medio de la cual se da cumplimiento a una medida cautelar de urgencia"

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en los artículos 7° numeral 45, 216 del Decreto Ley 262 de 2000, 20 de la Resolución 040 de 2015, y de conformidad con la orden impartida en Auto Interlocutorio No. 2018-07-0419-AP, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "B", del seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018), y

CONSIDERANDO

Que el ciudadano ESTEBAN GARCÉS NARANJO, inició ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo medio de control para la protección de los derechos e intereses colectivos, formulando en el mismo libelo introductorio medida cautelar de urgencia, la cual planteó de la siguiente manera:

"Con el fin de evitar un perjuicio irremediable, dado que las listas de elegibles vencerán el próximo 8 de julio, así como garantizar el objeto del proceso; le solicito respetuosamente decretar la suspensión inmediata de la vigencia de las listas de elegibles para proveer los empleos de procuradores judiciales I y II".

Que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "B" avocó conocimiento de la acción popular promovida por el señor Esteban Garcés Naranjo, en contra de la Procuraduría General de la Nación, por la presunta vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa, patrimonio público y acceso a servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, dentro del trámite del concurso de méritos adelantado por esta Entidad y regulado por la Resolución 040 del 20 de enero de 2015.

Que una vez analizados por el Despacho de conocimiento los argumentos elevados por la parte actora, la mencionada corporación en providencia del seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018), a través de la cual resolvió la solicitud de medida cautelar de urgencia, en los siguientes términos:

"PRIMERO.- AVOCAR conocimiento de la medida cautelar de urgencia presentada por el accionante.

SEGUNDO.- ACCEDER transitoriamente a la medida cautelar de urgencia solicitada por los accionantes, hasta tanto esta Magistratura obtenga la información necesaria y suficiente para esclarecer los hechos de la solicitud, y profiera providencia definitiva sobre la medida cautelar deprecada.

TERCERO.- En consecuencia, ORDENAR la suspensión inmediata y transitoria de la vigencia de las listas de elegibles del concurso convocado mediante Resolución No 040 de 2015; como medida cautelar de urgencia tendiente a la protección de los derechos e intereses colectivos, principalmente al de moralidad administrativa. Así mismo

¹ Exp. Radicado 250002341000-2018-00666-00



RESOLUCIÓN No. 402

(10 JUL 2018)

"Por medio de la cual se da cumplimiento a una medida cautelar de urgencia"

DISPONER la publicación inmediata de esta providencia en la página web de la Procuraduría General de la Nación.

Que de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 20 de la Resolución No. 040 de 2015, "Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la Entidad": "Las listas de elegibles tendrán vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y será utilizada de conformidad con lo previsto en el 216 del Decreto Ley 262 de 2000", vigencia que culminaría el 8 de julio de 2018, teniendo en cuenta que la lista de elegibles fue publicada el 8 de julio de 2016, mediante Resoluciones 337 a 349 de 2016.

Que la medida cautelar de urgencia fue notificada a la Procuraduría General de la Nación, a través del correo electrónico exclusivo para notificaciones judiciales de la Entidad, el día seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018), en los términos del inciso 2º del artículo 234 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

Que en razón a lo anterior, y para a dar cumplimiento al Auto Interlocutorio No. 2018-07-0419-AP del seis (6) de julio de dos mil dieciocho (2018), proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "B", el inciso final del artículo 20 de la Resolución No. 040 de 2015, queda suspendido hasta la decisión definitiva de la medida cautelar.

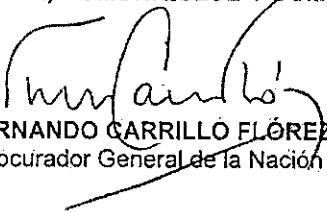
En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CUMPLIR la orden judicial impartida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "B", en la que se dispuso: "(...) la suspensión inmediata y transitoria de la vigencia de las listas de elegibles del concurso convocado mediante Resolución No 040 de 2015 (...) "

ARTÍCULO SEGUNDO: Remitir al Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "B", copia del presente acto.

PUBLÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

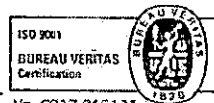

FERNANDO CARRILLO FLÓREZ
Procurador General de la Nación

10 JUL 2018

Proyectó CACQ/reqm.
Revisó: QJ/ATA

Pág. 2

Oficina de Selección y Carrera PBX: 5878750 Ext. 10960 y 10951
Dirección: Cra. 5 N° 15-80 P. 9º.
www.procuraduria.gov.co - seleccionycarrera@procuraduria.gov.co



No. CO17.015131



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

AUTO INTERLOCUTORIO N° 2018-09-0585-AP

Bogotá D.C., septiembre dieciocho (18) de dos mil dieciocho (2018)

EXP. RADICACIÓN: 250002341000-2018-00666-00
MEDIO DE CONTROL: PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS
ACCIONANTE: ESTEBAN GARCÉS NARANJO
ACCIONADO: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
TEMAS: DERECHOS COLECTIVOS A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - DEFENSA DEL PATRIMONIO PÚBLICO - ACCESO A SERVICIOS PÚBLICOS Y A QUE SU PRESTACION SEA EFICIENTE Y OPORTUNA - VIGENCIA LISTA DE ELEGIBLES
ASUNTO: ESTUDIO DE SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA
MAGISTRADO: MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Visto el informe secretarial que antecede procede el Despacho a resolver de manera definitiva sobre la medida cautelar adoptada en sede de la acción de la referencia y pronunciarse frente a la solicitud promovida por el apoderado de la Procuraduría General de la Nación previos los siguientes,

I. ANTECEDENTES

La demanda radicada por el señor Esteban Garcés Naranjo contra la Procuraduría General de la Nación tiene por objeto el amparo de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al patrimonio público y al acceso a servicios públicos y que su prestación sea eficiente y oportuna. Lo anterior en relación con el concurso público de méritos al que se convocó mediante la Resolución N° 040 del 20 de enero de 2015 y la vigencia de las listas de elegibles conformadas respecto de los cargos ofertados.

El accionante solicitó el decreto de una medida cautelar de urgencia, ante la proximidad de vencer la vigencia de las listas de elegibles para proveer los empleos de procuradores judiciales I y II, tras considerar que se causaría un perjuicio irremediable a los derechos colectivos, en el evento que se venciesen las listas de elegibles sin que se hayan provisto los cargos referidos.

Por medio de Auto del 6 de julio de 2018, el despacho accedió transitoriamente a la medida cautelar de urgencia solicitada por el accionante y ordenó la suspensión inmediata y transitoria de la vigencia de las listas elegibles. Así como también se libraron una serie de requerimientos tendientes al esclarecimiento de los hechos

Invocados en el escrito de formulación de la medida, y en el propósito de purgación de forma definitiva sobre el peticionario cautelar.

El 10 de julio de 2018, la Procuradora 121 Judicial II Administrativa, se declaró impedida para conocer del asunto, por la causal prevista en el 1º del artículo 141 del Código General del Proceso, en virtud de ostentar interés directo en los resultados del proceso (Fls. 65 y 66 C1).

El 11 de julio de 2018, el representante judicial de la Procuraduría General de la Nación interpuso recurso de apelación contra la providencia del 6 de julio de 2018, a través de la cual se decretó con carácter transitorio, una medida cautelar urgente (Fls. 91 a 99 C1).

El 13 de julio de 2018, el extremo actor y la accionada, allegaron informes relacionados con el cumplimiento de la medida cautelar (Fls. 147 a 154 y 157 a 161 C1).

El 18 de julio de 2018 la Procuraduría General de la Nación, allegó memoriales en los que manifiesta dar respuesta a los requerimientos oficiales, efectuados por esta Magistratura en Auto del 6 de julio de 2018 (Fls. 271 a 330 C1).

El 19 de julio de 2018, la Sala de la Subsección B de la Sección Primera de este Tribunal, profirió el Auto Interlocutorio N°2018-0470-AP, aceptó el impedimento declarado por la señora Procuradora 127 Judicial II Administrativa y ordenó al Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, disponer sobre su reemplazo, para que funja como Agente del Ministerio Público en el proceso (Fls. 331 a 334 C1).

De igual manera, en la misma fecha se ordenó que por Secretaría se iniciara el trámite de traslado a los demás sujetos procesales, del recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría General de la Nación, obrante a folios 91 a 99 C1, de que trata el numeral 2 del artículo 244 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 335 a 339 C1).

El 26 de julio de 2018, la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación allegó memorial dando alcance al Informe presentado mediante el oficio de 17 de julio de 2018, oportunidad en la que indicó que el agotamiento de la lista de elegibles se encuentra al 90% (Fls. 363 y 364 C1).

En virtud de lo anterior, el Despacho profirió el auto del 13 de agosto de 2018, por medio del cual se proveyó sobre: i) la concesión del recurso de apelación formulado por la Procuraduría General de la Nación en el efecto devolutivo; ii) la verificación del cumplimiento de la medida cautelar, y iii) las solicitudes de coadyuvancia a la acción popular; en ese sentido, se ordenó a la Procuraduría General de la Nación que rindiera un informe mediante el cual aclarara las inconsistencias relativas a la información suministrada mediante los oficios de 17 y 25 de julio de 2018 aportando para el efecto los respectivos soportes documentales y allegando constancia de notificación de las resoluciones, 296

2967, 2966, 2957, 2960, 2961, 2962, 2963, 2964, 2965, 2968, 2958 y 2959 de 1^o de julio de 2018.

De igual forma, en esa oportunidad se reconoció la calidad de coadyuvantes de algunos de las personas que solicitaron intervenir en el presente asunto debido al interés que sobre el particular les asiste y se concedió el recurso de apelación formulado por la autoridad demandada en el efecto devolutivo.

II. MEDIDA CAUTELAR DE URGENCIA

2.1. Medida Cautelar solicitada

La demanda radicada por el señor Esteban Garcés Naranjo contra la Procuraduría General de la Nación tiene por objeto la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, patrimonio público y acceso a servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna.

Lo anterior de conformidad con las siguientes consideraciones:

1. La Corte Constitucional mediante sentencia C-101 de 2013 ordenó a la Procuraduría General de la Nación que convocara a un concurso público para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial y en cumplimiento de dicha orden se dio apertura a la convocatoria del proceso de selección mediante Resolución N°040 del 20 de enero de 2015 y culminó con la conformación de las listas de elegibles, determinando las dependencias, cantidad de cargos convocados y elegibles que la integran.
2. El artículo vigésimo del reglamento del concurso dispuso que las listas tendrían una vigencia de dos años a partir de su publicación y sería utilizada de conformidad con el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, que a su vez dispone que el nominador deberá hacer uso de las listas de elegibles para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales o incluso en empleos de inferior jerarquía, tal y como se presenta en la actualidad en donde hay empleos inferiores con múltiples vacantes por asignar.
3. Conforme lo anterior informa que se encuentran múltiples vacantes en diferentes cargos con corte a 17 de mayo de 2018 que no cuentan con titulares inscritos en carrera administrativa y/o periodo de prueba, por lo que deben ser provistos por las listas de elegibles vigentes.
4. Refiere que si bien es cierto la lista de elegibles conformada actualmente es insuficiente para las 1203 vacantes existentes, señala que no debe dejarse de lado que la entidad ha omitido hacer uso de los integrantes de la lista de elegibles para proveer el empleo de Procurador Judicial I, toda vez que los elegibles del primer empleo resultaron escasos para proveer los cargos convocados.
5. Informa que mediante escritos de fechas 2 de mayo, 4 de diciembre de 2017 y 18 de abril de 2018 solicitó a la entidad que diera cumplimiento a las normas de carrera establecidas en el Decreto Ley 262 de 2000, sin que a la fecha se haya materializado dicho mandato.
6. Manifiesta que las listas de elegibles conformadas para proveer los empleos

de procurador judicial vencen los días 8 y 11 de julio de 2010 y no se ha cumplido el deber de utilizarlos para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo, o en uno igual o inferior.

En consecuencia, considera que se causaría un perjuicio irremediable si llegan a vencer las listas de elegibles sin que se hayan provisto los cargos referidos, por lo que ante la proximidad de su vencimiento solicito se suspenda de forma inmediata la vigencia de las listas de elegibles para proveer los empleos de procuradores judiciales y ll.

Ahora bien, la medida cautelar previamente mencionada fue decretada por este Despacho de forma transitoria, hasta tanto esta Magistratura obtuviera la información necesaria y suficiente para esclarecer los hechos de la solicitud, y profiriera providencia definitiva sobre la medida cautelar decretada.

Así las cosas es menester dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 235 de la Ley 1437 de 2011 que señala:

ARTICULO 235. LEVANTAMIENTO, MODIFICACION Y REVOCATORIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar al levantamiento de la medida cautelar, prestanda caución a satisfacción del juez o Magistrado competente, en los casos en que ella sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar.

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que éstos ya no se presentan y fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso, en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el siguiente artículo:

La parte a favor de quien se otorgó una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto, y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicho modificación, será sancionada con los multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correctivos.

Así las cosas, la medida cautelar puede ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso cuando se advierta que no se cumplieron los requisitos para ser otorgada o que estos fueron superados, motivo por el cual este Despacho estudiará nuevamente dichas excepciones y, de esa forma, determinar si debe ser alterada o levantada.

2.2. Examen de los requisitos para el decreto o denegación de la medida

De conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos podrán solicitarse o decretarse de oficio medidas cautelares, previo cumplimiento de las reglas de procedencia y los requisitos para su adopción, establecidos en el mismo Estatuto normativo.

En este sentido se torna pertinente traer a colación apartes de la Sentencia C-244 de 2014, a través de la cual la Honorable Corte Constitucional declaró exequible el parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 (en lo que tiene que ver con los actores populares):

"Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva.

(...) Tras examinar el contenido de la regulación prevista en los artículos 229 a 241 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Corte concluye que el legislador no violó los artículos 13, 88, 89, 228 y 229 de la Constitución al ordenar la aplicación del mismo a los procesos iniciados con la finalidad de proteger derechos e intereses colectivos. En síntesis, las razones que desarrollará la Sala a continuación son las siguientes: primero, la norma acusada no infringe ninguno de los atributos constitucionales que los artículos 88, 89, 228 y 229 Superiores les confieren a las acciones para la defensa de derechos colectivos; segundo, la Corte Constitucional juzga razonable, según la actual distribución de competencias judiciales en esta materia, prever un régimen de medidas cautelares especial para las acciones fundadas en derechos e intereses colectivos cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, y que no se extienda a las acciones del mismo orden cuando las conozca un juez vinculado a una jurisdicción distinta. A continuación se expondrán estas razones con mayor detalle.

(...) En definitiva, a juicio de la Sala, el párrafo del artículo 229, Ley 1437 de 2011, no viola los artículos 13, 86, 88, 89, 228 y 229 de la Carta, al extender la regulación de medidas cautelares previsto en capítulo XI, Título V, del CPACA, a los procesos que busquen la protección de derechos e intereses colectivos que sean de conocimiento de la justicia administrativa, por las siguientes razones: i. no reduce las medidas que puede decretar el juez, sino que los complementa; ii. el juez puede, en virtud suya, adoptar medidas cautelares de oficio o a petición de parte; iii. sin necesidad de prestar caución, por parte de quien las solicita; iv. si bien en general se prevé un espacio previo al decreto de la medida cautelar, dispuesto para darle traslado a la otra parte y para que esta pueda oponerse, se admite también la posibilidad de medidas de urgencia que pretermitan esa oportunidad; v. la decisión de decretar las medidas es susceptible de recurso de apelación o súplica, según el caso, pero de concederse sería en el efecto devolutivo; v. estas medidas se aplicarían en tales procesos, pero cuando sean de conocimiento de la justicia administrativa, lo cual en esta materia responde a un principio de razón suficiente" (Subrayado fuera del texto).

Así las cosas, el Máximo Tribunal Constitucional encontró no sólo exequible el párrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en lo que concierne a la procedencia de medidas cautelares en procesos que tengan por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos, sino que también destacó la pertinencia de ampliación del catálogo de medidas cautelares que se adoptan en la jurisdicción contencioso administrativa y la posibilidad del decreto de medidas cautelares de urgencia, en los eventos que así se requieran, dada la inminencia y urgencia que imposibilita el trámite ordinario de traslado a la entidad demandada.

2.2.1. Competencia:

El artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, establece que la decisión de adoptar medidas cautelares debe ser emitida por el Magistrado Ponente, así:

¹ Corte constitucional, expediente D-9917, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2014. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

ARTÍCULO 233. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia (...).

Y de otra parte que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado no ha sido pacífica en sus interpretaciones del alcance del referido artículo 233 y de los artículos 125 y 243 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo que incluso al interior de una misma Sección del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, coexisten dos interpretaciones: 1) que es el Magistrado Ponente el competente para proveer sobre la solicitud de medida cautelar que se formule en cualquier etapa del proceso, y; 2) que es la Sala de decisión de la Corporación la competente para resolver esas solicitudes cuando el proceso es de primera instancia. Veamos:

a) Referencia a algunas providencias en las que el Consejo de Estado ha reconocido que corresponde al Magistrado o Consejero Ponente, la decisión de las medidas cautelares radicadas en los procesos declarativos, incluso aquellas en las que se accede al decreto de la medida:

- Consejo de Estado, Sección Segunda, CP. Dr. César Palomino Cortés, Auto del 9 de noviembre de 2016, expediente N° 11001-03-25-000-2013-00563-00.

"De conformidad con los artículos 229, 230, 233 y 234 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, la competencia para tramitar la solicitud de medida cautelar es del Juez o Magistrado Ponente que conoce de la demanda principal, en consecuencia, este despacho es el competente".

- Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, Auto del 22 de agosto de 2016, expediente N° 11001-03-26-000-2015-00028-00.

"De conformidad con las disposiciones del artículo 238 constitucional, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial. Y disponen los artículos 229 y 230 del C.P.A.C.A. que en cualquier estado del proceso declarativo el magistrado ponente podrá decretar, a petición de parte debidamente sustentada y en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, entre ellas la

"suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos demandados, sin que esa decisión implique prejuzgamiento".

- Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. William Hernández Gómez, expediente N° 11001-03-25-000-2012-00680-00(2361-12), Auto del 29 de marzo de 2016.

"El competente para decidir la solicitud de la medida cautelar es el Magistrado Ponente, quien determinará la procedencia de la misma, con el fin de proteger y garantizar de manera provisional, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia".

- Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. Dr. William Hernández Gómez, expediente N° 11001-03-25-000-2017-00326-00 (1563-2017), Auto del 23 de agosto de 2018.

"El despacho es competente para resolver la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo Acuerdo CNSC-20161000001296 del 29 de julio de 2016, de conformidad con los artículos 2297 y 2308 del CPACA."

b) Referencia a algunas providencias en las que el Consejo de Estado, ha manifestado que las medidas cautelares que se formulen en el marco de procesos declarativos que se tramiten en primera instancia, deberán proferirse por la Sala de decisión y no por el Ponente:

- Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdez, radicado N° 05001-23-33-000-2015-01797-01, Auto del 27 de noviembre de 2017.

"Pudiera pensarse, válidamente, que según los artículos 229, 230, 232 y 233 del CPACA, el auto que decreta las medidas cautelares, para el caso de los jueces colegiados, debe ser expedido, por regla general, por el Magistrado Ponente, sin embargo, una lectura armónica y sistemática de las disposiciones legales prectadas, en concordancia con los artículos 125 y 243 ibidem, permiten evidenciar que no existe tal contradicción. Es así como debe considerarse que los artículos 229, 230, 232 y 233 del CPACA, cuando se refieren a la posibilidad de que el Magistrado Ponente profiera una decisión en la cual se decreta una medida cautelar, hacen alusión a la excepción establecida en el artículo 125 del CPACA, es decir a la relativa a que en los procesos de única instancia que se tramiten ante jueces colegiados, esto es, ante Tribunales Administrativos y ante el Consejo de Estado, es de competencia del Magistrado Ponente proferir las decisiones a que se refieren los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 243 del CPACA. Dicha hermenéutica, cabe resaltarla, mantiene la regla general establecida en los artículos 125 y 243 del CPACA, según la cual las decisiones precitadas, y dentro de ellas el auto que decreta una medida cautelar, deben ser proferidas por las salas de decisión de los jueces colegiados, en procesos que aquellos conozcan en primera instancia. [...]"

Con análogo sentido, en la misma fecha y con ponencia del mismo Consejero Dr. Roberto Augusto Serrato Valdez, fue proferido Auto en el expediente 05001-23-33-000-2015-00130-01.

- Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Dr. Milton Chávez García, radicado N° 11001-03-27-000-2015-00081-00(22198), Auto del 9 de febrero de 2018.

"Este Despacho sustanciador es competente para decidir la solicitud de suspensión provisional formulada por el demandante, conforme con lo previsto en el artículo 125 del CPACA, puesto que se trata de una decisión interlocutoria dictada en un proceso de única instancia (...) El CPACA regula las medidas cautelares en los artículos 229 a 241".

- Consejo de Estado, Sección Cuarta, C.P. Dr. Hubert Segundo Ramírez Pineda, radicado N° 47001-23-33-000-2012-00096-02, Auto del 16 de noviembre de 2017.

"(...) de conformidad con el artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, será competencia del juez o magistrado ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la Sala, excepto en los procesos de única instancia".

E incluso, ha de reconocerse la existencia de una tercera tesis interpretativa en el Honorable Consejo de Estado, según la cual, se deciden en Sala todas las medidas cautelares que se propongan en los procesos de nulidad electoral, excepto las de urgencia, que podrán ser resueltas por el Magistrado Ponente: *"(...) si bien la Sección Quinta ha optado siempre por resolver sobre la medida cautelar de suspensión provisional del acto con la concurrencia de todos o la mayoría de los integrantes de la Sala, no ha descartado que en eventos en que la inminencia sea tal que no sea posible la sesión corporativa, lo haga el Consejero Ponente"*; posición jurisprudencial que ha sido aceptada, aún cuando el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, dispone expresamente que *"en el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección"* (Subrayado fuera del texto).

En este punto, adquiere pertinencia traer a colación el pronunciamiento del Honorable Consejo de Estado, relacionado con la competencia que el legislador ha asignado expresamente a la Sala para proveer sobre medidas cautelares en asuntos electorales:

"Esta norma especial para los asuntos electorales establece que la solicitud de suspensión provisional, se deberá resolver en el auto admisorio de la demanda por la Sala. Entonces, es claro que la competencia para resolver sobre la admisión de la demanda acompañada de una solicitud de suspensión provisional le corresponde a la Sala, por ser el juez asignado por el legislador para este caso, lo cual busca que sea toda la Sala la que estudie si la demanda debe ser admitida y en esa misma providencia resolver sobre la medida cautelar de suspensión provisional". (Subrayado y negrilla fuera del texto)³

Así las cosas, y hasta tanto no se unifique la jurisprudencia en la temática, este Despacho ha venido acogiendo la primera tesis (que este tipo de decisiones son de competencia del ponente y no de la Sala), por encontrarla acorde al principio de especialidad de la Ley⁴, toda vez que en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo es el artículo 233, el que regula el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares, disponiendo en todos sus apartes que es el magistrado ponente el competente para proferir los Autos que ordenan correr traslado de la medida cautelar, para decidir sobre las solicitudes de medidas cautelares formuladas con la demanda, y fijar la respectiva caución. Así como para proveer sobre las solicitudes que de esta naturaleza se presenten en el curso de audiencias; disposición que por demás es concordante

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C.P. Lucy Jeanette Bermúdez Bermúdez, expediente N° 11001-03-28-000-2016-00081-00, Auto del 19 de diciembre de 2016.

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, expediente N° 11001-03-28-000-2016-00081-00, Auto del 3 de agosto de 2017.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo, expediente N° 05001-23-33-000-2012-00216-01, Auto del 28 de mayo de 2015.

⁵ (...) es criterio unificado de esta corporación que los conflictos de normas incluidas en un mismo estatuto se solventan a favor del criterio de especialidad."

con el N° 9 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, que reitera la competencia que ostenta el ponente en la adopción de estas decisiones cautelares.

Y en lo que concierne a la segunda tesis, respetuosamente considera, que presenta dificultades que desde la interpretación sistémica de la norma no han podido hasta ahora superarse, por cuanto:

i) Incorpora al artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, una distinción entre los procesos de única y primera instancia que no fue introducida por el legislador al regular el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares; distinción que por demás no es congruente con el artículo 229 *ibidem*, según el cual: "en todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo". Es decir, que en virtud de lo reglado en el acápite especial de medidas cautelares, la regla de competencia para proveer sobre las mismas (que se atribuye al Juez o Magistrado Ponente) se hace extensiva a todos los procesos declarativos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sin diferenciar para ello, entre los de primera y única instancia.

Dicho sea de paso, si el legislador hubiese querido asignar esta competencia de resolución de medidas cautelares en los procesos declarativos a la Sala, lo habría así dispuesto, tal y como en efecto lo hizo en las disposiciones especiales para el trámite de medidas cautelares en la nulidad electoral (artículo 277 CPACA).

ii) Implicaría que en un proceso declarativo de primera instancia, en la audiencia inicial debería estar integrada la Sala para proveer sobre las medidas cautelares que en la misma pudiesen llegarse a presentar, en contraposición a lo dispuesto en el aparte introductorio y el N° 9 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, según el cual: "vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas: (...) 9. Medidas cautelares. En esta audiencia el Juez o Magistrado se pronunciará sobre la petición de medidas cautelares en el caso de que esta no hubiere sido decidida".

iii) Sugeriría que en un proceso declarativo de primera instancia, la Sala deba también integrarse para proveer sobre las medidas cautelares urgentes, muy a pesar de que su procedimiento se encuentre expresamente establecido en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, y en virtud de este se haya asignado la competencia para su decisión, al Juez o Magistrado Ponente, veamos: "desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar".

En el contexto regional, en el procedimiento interamericano, cuando la Corte no se encuentra reunida, podrá la presidencia proveer sobre las medidas provisionales que se soliciten en circunstancia de extrema gravedad y urgencia (artículo 27 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009).

iv) Aun en el evento de no tenerse en cuenta ninguna de las dificultades referidas *supra* y adoptarse la segunda tesis interpretativa que sugiere algunas decisiones del Honorable Consejo de Estado, para concluir que es la Sala y no el Magistrado Ponente, el competente para decidir las medidas cautelares que se formulen en los procesos declarativos de primera instancia, que se tramiten en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, desde la presentación de la demanda, o en cualquier etapa del proceso, e incluso en la audiencia inicial, a lo sumo implicaría considerar que en virtud del artículo 125 y 243 de la Ley 1437 de 2011, la Sala sería competente para emitir las providencias que decreten medidas cautelares, más no, frente a aquellas en las que se niegue lo solicitado cautelarmente, por cuanto la decisión susceptible de recurso de apelación, de que trata el numeral 2 del artículo 243 *ibidem*, y que conforme al artículo 125 del CPACA se predica de Sala, involucra exclusivamente aquellas en las que "se decreta una medida cautelar", más no las providencias en que la medida se deniega, como lo es la recurrida en el *sub lite*.

Con todo, y aunque no se desconoce la existencia de defectos axiológicos en el sistema procesal administrativo, latentes por ejemplo, en la ambigüedad de la redacción del artículo 125 de la Ley 1437 de 2011, lo cierto es que este Despacho no puede acoger la tesis según la cual, sería la Sala y no el Magistrado Ponente, el competente para decidir las medidas cautelares, porque como se expuso *in extenso supra*, dicha tesis sería contraria al principio de especialidad de las normas y no es congruente con distintas disposiciones del CPACA, *veri gratia*, el artículo 180 y todo el articulado del capítulo XI del título V *ibidem*. Lo anterior aunado a que incluso en el evento de acogerse la segunda tesis a que hemos venido haciéndose referencia, se vería el intérprete conminado a hacer distinciones que el legislador no ha hecho entre el procedimiento de decisión de las medidas cautelares de primera y única instancia, y aún así, sólo podría llegarse a la conclusión que la competencia de la Sala se restringiría sobre el particular a los Autos en que se decreten las medidas, más no a aquellos en los que se denieguen.

En suma, es el suscrito Magistrado Ponente el competente para proveer sobre la medida cautelar solicitada por el señor Esteban Garcés Naranjo, consistente en la suspensión inmediata de la vigencia de las listas de elegibles para proveer los empleos de procuradores judiciales I y II.

2.2.2 Requisitos de procedibilidad

De conformidad con lo previsto en el artículo 230 y el parágrafo del artículo 229 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos que tengan por finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos y que sean de conocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, podrán ser decretadas de oficio o a solicitud de parte, medidas cautelares de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión, siempre y cuando: i) tales medidas tengan relación directa con las pretensiones de la demanda y sean necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia; ii) se cumpla con los requisitos de que trata el artículo 231 *ibidem* para su adopción; y iii) se observe el procedimiento descrito en el artículo 233 de la misma normatividad, salvo cuando se evidencie que por su urgencia no es posible agotar tal trámite (artículo 234 de la Ley 1437 de 2011).

Ahora bien, como quiera que la naturaleza del medio de control que aquí se analiza no se contrajo a la declaratoria de nulidad de unos actos administrativos ni al restablecimiento del derecho del demandante, de conformidad con lo previsto en

2.2.2.1. Que la solicitud de medida cautelar de urgencia se presente en cualquier estado del proceso y que tenga por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos (Arts. 229 y 234 del CPACA).

Este aspecto se cumplió a cabalidad y permanece inalterado, como quiera que se formuló y sustentó la solicitud de medida cautelar de urgencia con la demanda y en concordancia con los derechos colectivos invocados en la misma, esto es, principalmente la moralidad pública y el patrimonio público.

2.2.2.2. Que la medida guarde relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda (Art. 230 del CPACA).

Tal como se infirió de la problemática planteada con la solicitud de medida cautelar y las respectivas pretensiones de la demanda, la medida invocada guarda relación directa con dichas súplicas, como quiera que buscaba la suspensión de la vigencia de las listas de elegibles para proveer los empleos de Procuradores Judiciales I y II, especialmente ante el hecho temporal consistente en la proximidad de vencimiento de las referidas listas, esto es, el 8 de julio de 2018.

2.2.2.3 Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.

En el presente caso el accionante presentó en debida forma los argumentos y fundamentos de hecho y derecho que exponen de forma clara y precisa las presuntas afectaciones a los derechos colectivos e intereses colectivos que se han invocado a través del presente medio de control y en esa medida, esta fundada razonablemente en la afectación de unos bienes jurídicos protegidos de naturaleza colectiva como lo son la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público y el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, los cuales están preestablecidos en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 como derechos e intereses colectivos.

2.2.2.4. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.

Al tratarse del medio de control de Protección de los Derechos e Intereses Colectivos, no se exige calidad especial alguna para acceder a la administración de justicia y dado que el accionante se encuentra actuando en representación de la colectividad y por ende no se predica la titularidad de los derechos en cabeza de una sola persona sino que son colectivos o difusos.

2.2.2.5. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.

En principio se destaca que el accionante en su escrito de demanda realizó una construcción (tabla de ubicación laboral con corte a 17 de mayo de 2018 de los empleos que no cuentan con titulares inscritos en carrera administrativa y/o en periodo de prueba), en la que se refirió como fuente "la información proporcionada por la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación", empero no se aportaron soportes documentales que dieran cuenta de la misma o autenticidad de la referida información, tal como se advirtió previamente el accionante allegó dos tablas en formato digital Excel que (i) carecen de logotipos oficiales (ii) son susceptibles de edición, (iii) no indican el responsable de su

elaboración⁶, y (iv) tampoco van acompañadas de documento en el que la Secretaría General de la Procuraduría (como institución) reconozca su creación, contenido y fidelidad, menos aún la entrega que por los conductos ordinarios (*verbi gratia* vía respuesta a petición) le fuese realizada al señor Esteban Garcés Naranjo.

En ese orden de ideas, el Despacho estimó que los argumentos, la información y las justificaciones presentadas por el accionante, en el *libelo demandatorio* no eran lo suficientemente concluyentes respecto del número de empleos vacantes en la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación ni de la omisión en que presuntamente incurrió la entidad en la provisión de dichos cargos, ante la presunta inobservancia de la lista de elegibles.

Sin perjuicio de lo expuesto, lo que sí se encontró plenamente acreditado, conforme a las documentales allegadas por el demandante y la información publicada en la página web de la institución⁷, es que en el marco del Concurso convocado por la Procuraduría mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015:

i) Fueron publicadas el 8 de julio de 2016 las listas de elegibles de las Convocatorias 001, 002, 003, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014 (mediante las Resoluciones 337 a 349) y el 11 de julio de 2016 se publicó la lista de elegibles de la Convocatoria 004 (mediante Resolución 357); actos administrativos que tienen en común, el artículo tercero resolutivo: "**ARTICULO TERCERO: VIGENCIA.** La presente lista de elegibles tiene vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su publicación y será utilizado de conformidad con lo previsto en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en consonancia con el artículo vigésimo de la Resolución 040 de 2015".

ii) Se efectuaron unas correcciones y aclaraciones a las precitadas listas de elegibles, mediante las Resoluciones N°358 del 12 de julio de 2016, 410 del 31 de agosto de 2016, 428 del 6 de septiembre de 2016, 453 del 3 de octubre de 2016, 711 del 31 de octubre de 2016, 726 del 11 de noviembre de 2016 y 0043 del 21 de febrero de 2017, sin que en estos actos administrativos se efectuara modificación expresa al artículo tercero de las Resoluciones 337 a 349 del 8 de julio de 2016, esto es, sobre la vigencia de las listas de elegibles.

De otro lado, al revisar la página institucional de la Procuraduría General de la Nación, específicamente en el link del "Concurso para el ingreso de personal en cargos de Procurador Judicial I y II", el Despacho advirtió en el historial de avisos importantes (publicación del 19 de junio de 2018), que ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, bajo el radicado 2018-00692-00 se tramitó la tutela radicada por el señor César Augusto Delgado Ramos⁸, en la que una de las pretensiones era:

"(...) que se disponga y ordene que:

⁶ Únicamente fue posible advertir mediante la selección de la opción de propiedades del archivo, que al parecer el mismo fue elaborado el 17 de mayo de 2018, en el ordenador del señor James Mauricio Velázquez Dávila, quien conforme a la información obtenida mediante consulta en los actos administrativos emitidos por la Procuraduría, al parecer fue nombrado a través del Decreto 2122 del 1 de junio de 2012, en el cargo de Técnico Investigador N°4TI, grado 19 de la División Administrativa, con funciones en la Secretaría General. Ver: CD obrante a folio 6 del expediente y <https://www.procuraduria.gov.co/portaf/media/file/06-2013.pdf>

⁷ Ver: CD obrante a folio 6 del expediente y <http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/>

⁸ Ver: http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portaf/home_1/recursos/general/23012015/avisos_importantes.jsp

La Convocatoria 004, adoptada por Resolución N°357 del 11 de julio de 2016, debe empezar a contarse el término de vigencia de dos (2) años, a partir de la publicación de la última modificación, es decir, la Resolución N°042 del 21 de febrero de 2017.

La Convocatoria 006, adoptada mediante Resolución N°345 del 8 de julio de 2016, debe empezar a contarse el término de vigencia de dos (2) años a partir de la publicación de la última modificación, es decir, la Resolución N°711 del 31 de octubre de 2016.

La Convocatoria 010, adoptada mediante Resolución N°341 del 8 de julio de 2016, debe empezar a contarse el término de vigencia de dos (2) años, a partir de la publicación de la última modificación, es decir, de la Resolución N°726 del 11 de noviembre de 2016.

Para que sea efectiva y acatada esta decisión solicito se ordene a la Procuraduría General de la Nación (...) que dentro de las 48 horas siguientes, profiera sendos actos administrativos que señalen la fecha exacta en que debe empezar a contabilizarse el término de vigencia de las listas, partiendo de la última modificación, tal como se acaba de señalar (...)"⁹

En efecto, tras consultarse en el programa siglo XXI, el estado del trámite de la acción constitucional en cita, se advirtió que la misma fue confirmada por la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia mediante providencia del 9 de agosto de 2018¹⁰.

Con todo, también se destaca que en el aparte resolutivo del referido fallo de primera instancia¹¹, se impartió al Procurador General de la Nación la orden de, en el término de 5 días, agotar la lista de elegibles conformada con la Resolución N° 345 del 11 de julio de 2016, para el Cargo de Procurador Judicial II para Asuntos de Conciliación Administrativa de la Convocatoria 006 de 2015, o en caso de no efectuar los nombramientos de las vacantes faltantes de proveer, debería indicar de forma clara y precisa, las razones legales por las cuales no fue posible. Sin que se hiciera algún otro pronunciamiento respecto de las demás resoluciones de listas de elegibles o su vigencia. Empero, en el aparte considerativo sí se hicieron respecto de las demás listas de elegibles y su vigencia señalamientos, que por importancia jurídica se traen a colación a continuación:

"75.- Se tiene que el accionante y los coadyuvantes, pese a haber superado satisfactoriamente todas las etapas del concurso y de integrar las listas de elegibles conformadas dentro de dichas convocatorias, a la fecha no han sido nombrados en periodo de prueba, por lo que acuden a la acción constitucional para que se disponga la suspensión del término de vigencia de las listas de elegibles de las que hacen parte, por el tiempo transcurrido entre el auto de fecha 15 de marzo de 2017, proferido por el Consejo de Estado dentro del proceso de simple nulidad de ese acto administrativo, que suspendió la calificación de los procuradores nombrados en periodo de prueba, y hasta tanto se emita el fallo que defina esta acción constitucional. Así mismo, para que se ordene al Procurador General de la Nación, proferir los actos administrativos

⁹ Ver:

http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallG/home_1/recursos/documentos/19062018/cesar-a-delgado_tutela.pdf

http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/procuraduria/portallG/home_1/recursos/documentos/19062018/cesar-a-delgado_auto.pdf

¹⁰ Ver:

<http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=mscVxnXF2H0YiaEp3WPuGkVpGvg%3d>

¹¹ Disponible en: <http://institucionesconstitucionales.blogspot.com/2018/06/tribunal-airnpara-derechos-fundamentales.html?m=1>

que señalen la fecha exacta a partir de la cual debe contabilizarse el término de vigencia de las listas de elegibles de las convocatorias N° 004, 006 y 010 de 2015.

76.- Para abordar el estudio de la inconformidad planteada en esta acción, resulta necesario indicar que la Resolución N° 040 de 2015 y el Decreto 262 de 2000 gozan de la doble presunción de legalidad y acierto que cubre a los actos administrativos, de manera que se entienden conformes con el ordenamiento jurídico, además, constituyen la regla del concurso de méritos.

(...)

79.- (...) al revisar la documentación aportada al plenario, la Sala encuentra que en el oficio S.G. N° 1444 del 10 de marzo de 2017, suscrito por la Secretaria General de la accionada, anuncia que:

Los registros de listas de elegibles de las convocatorias 001 a 014 de 2015, para proveer todos los cargos de Procurador Judicial I y II quedaron ejecutoriadas según su fecha de expedición y publicación el 8 de julio de 2016 en la página web institucional, en el link <https://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/>.

Posteriormente y en atención a orden judicial, el día 11 de julio de 2016 se publicó la lista de elegibles correspondiente a la convocatoria 004 de 2015, razón por la cual la vigencia de esta lista es, hasta el día 10 de julio de 2018.

80.- Visto lo anterior, frente a la pretensión del actor y los coadyuvantes, orientada a que se extienda el término de vigencia de las listas de elegibles conformadas para las Convocatorias No. 004, 006 y 010 de 2015, no cabe duda de que es al juez de lo contencioso administrativo a quien corresponde determinar si la fecha de expiración de la lista de elegibles debe ceñirse a los parámetros fijados en esas normas o resultan insuficientes o inadecuadas bajo circunstancias en las cuales se advierte la paralización del desarrollo del concurso o la modificación de los registros por órdenes judiciales que así lo dispongan, tal como acaece en este asunto.

(...)

83.- Ahora bien, en cuanto hace al derecho al debido proceso administrativo alegado como conculcado por el accionante, el Tribunal considera que los argumentos expuestos por el ente de control en la respuesta suministrada dentro del trámite de esta acción, no tienen asidero jurídico porque aunque la norma reguladora del concurso determina que la lista de elegibles tiene una vigencia de dos años, resulta un atentado contra los derechos de estos concursantes, que hoy tienen un derecho legítimo a ser nombrados del registro que conforman, desconocer que la PGN ha incurrido en mora en los nombramientos, que no puede ser atribuida de manera alguna a quienes superaron satisfactoriamente el concurso; mucho menos, si como alega la entidad en su particular interpretación, existió una medida cautelar que suspendió el concurso. En gracia de discusión, si eso hubiese sido así, la suspensión operaba a todo nivel y, por lo mismo, el término de vigencia de la lista de elegibles se alteró.

84.- Una interpretación diferente, así como supeditar el nombramiento a plazos, condiciones o situaciones ajenas a la voluntad de los concursantes, ríe con los postulados de un Estado Social de Derecho y las disposiciones que el constituyente consideró respecto del ingreso a cargos públicos con fundamento en el mérito.

85.- Si bien como se pudo verificar con el informe suministrado por la PGN, respecto del número de cargos ofertados y el modo como han sido provistos, específicamente, para la Convocatoria No. 006 de 2015 se sacaron a concurso 94 vacantes, para el Procurador Judicial II para Asuntos de Conciliación Administrativa, de las cuales 22 ya han sido objeto de nombramiento en propiedad y 2 continúan ocupadas por ser labores en provisionalidad en virtud de fallos de tutela, no puede negarse que el proceder de

la PGN en la provisión de cargos mediante los concursos que ha convocado, no ha sido el más apegado a la Constitución y la ley, como lo han establecido otras autoridades judiciales.

86.- Por ejemplo, el 8 de marzo de 2018 la Sección Quinta del Consejo de Estado, dentro de la acción N°20001-23-39-000-201-00499-01 (sic), promovida por un ciudadano que participó en el concurso convocado por la PGN para proveer los cargos de empleados, a través de la Resolución N° 332 de 2015, y que forma parte de la lista de elegibles para el cargo de sustanciador técnico 4SU-11, contenida en la Resolución N° 113 del 7 de abril de 2017, aunque rechazó la prosperidad de la acción porque el actor no acreditó la constitución de renuencia de la entidad demandada, la sección sí exhortó al ente de control para que vencido el plazo de un año siguiente de la publicación de la lista de elegibles para el cargo de sustanciador técnico 4SU-11, proceda al cumplimiento inmediato del deber establecido en el artículo 216 del Decreto (sic) 262 de 2000.

87.- Aquí y ahora resulta oportuno recordar lo expresado por esta corporación en fallo contra la misma PGN: La entidad accionada no puede, per se, desconocer que en los concursos de méritos la Corte Constitucional ha expresado que el principio del mérito y la carrera administrativa son los pilares fundamentales sobre los cuales descansa la esencia de la vinculación de los servidores públicos a los empleos en los órganos y entidades del Estado, como garantía para preservar la eficiencia y la eficacia de la función pública.

(...)
89.- No puede olvidar la autoridad demandada, y menos desconocer que la carrera administrativa, tiene por objeto la garantía del derecho a la igualdad de oportunidades para el acceso a cargos y funciones públicas (CP, 40.7), la búsqueda de la eficiencia y la eficacia en el servicio público para el cumplimiento de los fines del Estado (CP, 1, 2, 122 a 131 y 209), y la protección de los derechos subjetivos a los que tienen derecho las personas vinculadas a la carrera (CP, 53 y 125) y se funda en el mérito de los aspirantes, para lo cual la Carta Política prescribió el concurso público como el mecanismo idóneo para establecer el mérito y las calidades de los mismos.

(...)
91.- De manera clara se atropella la confianza legítima de los que legalmente, por haber agotado satisfactoriamente todas las etapas del concurso público, deben ser nombrados. No se concibe en un Estado que se precie de ser no solo de derecho, sino social y democrático, que los ciudadanos que han superado las pruebas para acceder a los cargos públicos mendiguen el acceso a los mismos, menos cuando quien vulnera la ley fundamental es una autoridad que tiene como obligación velar por su cumplimiento y respeto.

92.- Ahora bien, dadas las situaciones especiales que se puedan presentar al momento de realizar los nombramientos, esto es, la desvinculación de personas en calidad de prepensionados, madres cabeza de familia, discapacitados, entre otros, debe recordarse que los servidores en provisionalidad gozan de una estabilidad relativa, de manera que pueden ser desvinculados para proveer el cargo con una persona de carrera.

(...)
95.- En el mismo sentido, destaca el Tribunal que los derechos de quienes concursan y obtienen los puntajes suficientes para quedar en las listas de elegibles, son superiores y prevalecen sobre quienes ocupan los cargos en provisionalidad, ello en razón de lo que la jurisprudencia ha denominado una causa legítima, objetiva y razonable (...)

96.- Eso sin contar que ya la Corte Constitucional en Sentencia SU-446711 sostuvo claramente lo siguiente: Los servidores en provisionalidad, tal como reiteradamente ha expuesto esta Corporación, gozan de una estabilidad relativa, en la medida que

que sólo pueden ser desvinculados para proveer el cargo que ocupan con una persona de carrera, tal como ocurrió en el caso en estudio o por razones objetivas que deban ser claramente expuestas en el acto de desvinculación. En consecuencia, la terminación de una vinculación en provisionalidad porque la plaza respectiva debe ser provista con una persona que ganó el concurso, no desconoce los derechos de esta clase de funcionarios, pues precisamente la estabilidad relativa que se le ha reconocido a quienes están vinculados bajo esta modalidad, cede frente al mejor derecho que tienen las personas que ganaron un concurso público de méritos".

Lo anterior permitió inferir que pese a las debilidades probatorias presentes en el sub lite respecto de las conductas presuntamente imputables a la Procuraduría General de la Nación y el número de cargos que encontrándose vacantes no habían sido proveídos con base en las listas de elegibles del concurso de procuradores judiciales I y II (convocado mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015), indudablemente, estaba demostrada la imperiosa proximidad de la pérdida de vigencia de las referidas listas de elegibles, bien sea porque se tome como punto de partida de la contabilización de los dos años de que trata el inciso 2 del artículo 20 de la Resolución N°040 de 2015¹² (regla temporal del concurso), la fecha de publicación de las Resoluciones 337 a 349 y 357 (8 de julio y 11 de julio de 2016), o que se tomen las fechas de publicación de las Resoluciones 358, 410, 428, 453, 711, 726, 0043 (12 de julio, 31 de agosto, 6 de septiembre, 3 y 31 de octubre y 11 de noviembre de 2016, y 21 de febrero de 2017), toda vez que aún en este segundo evento, como mínimo, las listas de elegibles de las Convocatorias 001 a 003, 005, 007 a 009 y 011 a 014 -que tuvieron como única corrección la de la Resolución 358 del 12 de julio de 2016- estarían llamadas a fenecer dos años después. Es decir, que en cualquiera de las interpretaciones que se vienen suscitando en torno a la vigencia de las listas de elegibles del concurso para el ingreso de personal en cargos de Procuradores Judiciales I y II, el término en que se encuentran llamadas a fenecer la mayoría de las listas (al menos 11 de las 14 existentes) oscilaban entre el 8 y el 12 de julio de 2018.

En ese sentido, vale la pena recordar que:

*"...la medida cautelar puede decretarse en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, siempre que se pruebe: a) la vulneración actual o inminente de un derecho colectivo y b) que en esa vulneración esté comprometida, por acción u omisión, la entidad demandada. Como el legislador estableció precisas causales con fundamento en las cuales el interesado puede oponerse a las medidas previas, que se refieren a los efectos que ha de producir la misma respecto de los derechos colectivos que se pretenden proteger, del interés público y de la situación del demandado, resulta importante tener en cuenta estas circunstancias con el objeto de que se profiera una medida que, además de ser necesaria para la garantía del derecho colectivo vulnerado o puesto en peligro, no resulte lesiva al propio derecho, al interés público o al demandado. Una vez cumplidos los supuestos que hacen procedente la medida cautelar, el juez puede adaptar la que resulte necesaria para contrarrestar la vulneración o amenaza del derecho colectivo, que debe ser la adecuada a las necesidades de cada circunstancia particular."*¹³ (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, al estar demostrado el elemento de inminencia en el riesgo de afectación no solo de los derechos de los concursantes, que hoy tienen una legítima expectativa a ser nombrados del registro que conforman, sino también de la colectividad en general que en virtud del principio de moralidad administrativa y

¹² "Las listas de elegibles tendrán vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y será utilizada de conformidad con lo previsto en el 216 del Decreto Ley 262 de 2000".

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercer. C.P. Camilo Arciniegas Andrade Expediente: 13001-23-31-000-2005-01023-01

confianza legítima en el actuar de la administración, espera que el acceso y permanencia a la función pública se realice conforme a las reglas del sistema de carrera administrativa, en virtud del mérito como garantía de su prestación eficiente, y con el propósito de evitar la consumación de un perjuicio irremediable sobre la función administrativa que conforme a las prescripciones del artículo 209 Constitucional debe estar al servicio de los intereses generales, y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; todo lo cual podría llegar a afectarse en el evento de permitirse que las listas de elegibles pierdan vigencia y constatare la conducta imputable a la Procuraduría General de la Nación de inobservancia de las listas de elegibles para la provisión de cargos de carrera, pero también con el propósito de garantizar que los efectos de la sentencia que eventualmente se emita en el *sub lite* no sean nugatorios, dada la afectación del derecho colectivo en torno al cual se pregona protección, el Despacho se vio conminado a ordenar la suspensión inmediata y transitoria de la vigencia de las listas de elegibles del concurso convocado mediante Resolución N°040 de 2015, como medida cautelar de urgencia tendiente a la protección de los derechos e intereses colectivos, principalmente el de moralidad administrativa¹⁴.

Debe destacarse que la medida cautelar se adoptó de manera temporal debido a la importancia de los derechos colectivos en pugna pero también en la necesidad de recaudar la información necesaria, conducente, idónea y pertinente para el esclarecimiento de los hechos invocados en la formulación de la misma, por lo que esta Magistratura se reservó la potestad de proveer con carácter definitivo sobre el petitorio cautelar, una vez se obtuviera respuesta a los requerimientos correspondientes y se efectuara el análisis de tales documentales.

De acuerdo con el material probatorio que reposa en el expediente se destaca que la Procuraduría General de la Nación aportó la información relativa a los cargos ofertados en las convocatorias 001-2015 a 014-2015 para proveer los empleos de procuradores judiciales I y II, discriminando la cantidad de personas en las listas de elegibles y los nombramientos efectuados desde que estuvieron vigentes detallando la dependencia respectiva así como los eventos en los cuales las vinculaciones laborales tuvieron génesis en el cumplimiento de sentencias judiciales y aquellas que se hicieron en provisionalidad de forma discrecional debido al agotamiento de los integrantes de las listas de elegibles según la especialidad correspondiente.

Acerca de la información suministrada por la Procuraduría General de la Nación una vez cotejados los informes presentados ante esta Magistratura los días 17 y 25 de julio de 2018 se advirtieron las siguientes inconsistencias:

- Frente a los procuradores judiciales II para asuntos civiles, se señala que se ofertaron 12 cargos, la lista está integrada por 14 personas; sin embargo i) se hicieron 14 nombramientos; ii) el señor Carlos Alberto Troches Rosales no

¹⁴ En ese orden de ideas, es necesario precisar que la moralidad administrativa comprende una doble connotación constitucional, por una parte como derecho colectivo - artículo 88 - y por otra como principio rector de la administración - artículo 209 -. En ese sentido, es un derecho colectivo que abarca conceptos en el campo no solo axiológico, sino también político, social e ideológico, de donde se desprende que permea todas las actuaciones del Estado y por ende conlleva a una aplicación directa, sin que sea necesario supeditarla a la existencia de una definición o limitación normativa y bajo ese alcance, el juez debe propender por dotarla de eficacia material y así garantizar su protección en todas las esferas de la función administrativa. Al respecto consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2011, C.P. Enrique Gil Botero, Exp. 41001-23-31-000-2004-00540-01 (AP).

535
aceptó el nombramiento; pero se observa que en el mismo empleo se nombraron a los señores Nelson Enrique Rueda Rodríguez y Sandra Lorena Ramírez Flórez.

- En el caso de los cargos de procuradores judiciales II para la Conciliación Administrativa se advierte que se ofertaron 94 cargos de los cuales 92 están provistos con la lista de elegibles que está integrada por 239 personas. Los 2 cargos restantes se encuentran ocupados en cumplimiento de órdenes judiciales de tutela, sin que se indique cuál fue el alcance de tales órdenes y el seguimiento efectuado a esos precisos asuntos.

- En lo que respecta a los empleos de procuradores judiciales I para Asuntos de Restitución de Tierras se indica que fueron 6 cargos ofertados y aportan un listado de 7 personas nombradas.

- Acerca de los procuradores judiciales I para Asuntos Penales, se observa que la autoridad señala que fueron ofertados 149 cargos, de los cuales se proveyeron a través de la lista de elegibles 139 de ellos. Los 10 cargos restantes se encontraban así: 3 en cumplimiento de órdenes judiciales, 3 en vacancia plena y 4 en provisionalidad; pero en el listado aportado existen 12 cargos de los cuales 7 ya fueron provistos con personas que integran las listas de elegibles, 3 en cumplimiento de sentencias judiciales, uno en encargo y el último en vacancia plena. En ese sentido no concuerdan los datos suministrados, adicional a lo cual se desconoce el alcance de las decisiones judiciales a que se hace referencia y el seguimiento correspondiente por parte de la autoridad demandada. Máxime por cuanto la lista de elegibles está integrada por 198 personas.

- En lo atinente a la convocatoria para proveer las procuradurías judiciales I en Asuntos Laborales se señala que la lista se conformó con 11 aspirantes y los cargos ofertados fueron 19, de los cuales 11 fueron provistos en propiedad; no obstante, al cotejar la información se advierte que la señora Mileth Milena Arrieta Montes está vinculada tanto en provisionalidad como en carrera administrativa en calidad de Procuradora Judicial I en Asuntos Laborales, por lo que se requiere aclarar el tipo de vinculación de esta persona.

- En lo que respecta a los empleos de procuradores judiciales I para la Conciliación Administrativa se indica que fueron 107 cargos ofertados para una lista de elegibles conformada por 91 personas, de las cuales 82 aceptaron el nombramiento por lo que deberían quedar 25 cargos vacantes, no obstante la autoridad relacionó 23 cargos de los cuales 4 están ocupados en virtud de órdenes judiciales y los 19 restantes en provisionalidad, por lo que existe un desfase de 2 cargos.

Adicionalmente, observa el Despacho que la Procuraduría General de la Nación acompañó el escrito del 25 de julio de 2015 con 13 resoluciones expedidas el 11 de julio de 2018 mediante las cuales se efectuaron nombramientos en periodo de prueba (fls. 390 a 405 C1) sin que se hayan allegado las respectivas constancias de notificación.

Debido a lo anterior se requirió nuevamente a la Procuraduría General de la Nación para que aclarara las dudas previamente expuestas; en cumplimiento de la orden impartida por este Despacho la entidad allegó el oficio 110 30 de agosto de 2018, mediante el cual se rindió un informe detallado de cada una de las circunstancias

advertidas por este Despacho, explicando (i) cuántas vacantes fueron provistas empleando las listas de elegibles para cada especialidad ofertada; (ii) los eventos en los cuales se materializó el amparo de derechos fundamentales a través de acciones de tutela por tratarse de sujetos de especial protección constitucional tales como sujetos próximos a pensionarse y madres cabeza de familia quienes debían permanecer vinculados a la Procuraduría General de la Nación, indicando el respectivo acompañamiento a cada caso particular y (iii) se allegaron las comunicaciones de nombramientos efectuados el 11 de julio de 2018 con fechas del día 19 de los mismos mes y año.

Así las cosas, se advierte que la Procuraduría General de la Nación ha adelantado actividades tendientes al agotamiento de las listas de elegibles conformadas con ocasión de las convocatorias 001-2015 a 014-2015 hasta el último momento, pues expidió actos administrativos de nombramiento dentro del término máximo de vigencia y los notificó con posterioridad a ello; lo cual quiere decir que en efecto para el momento en que se adoptó la medida cautelar transitoria (6 de julio de 2018) existían motivos suficientes para considerar la existencia de un riesgo latente de que el cometido de los procesos de selección no se lograra de no haberse prolongado la vigencia de esas listas; máxime por cuanto los informes rendidos por la autoridad en comento revelan un aumento porcentual progresivo de tal situación inicialmente del 88% a fecha de 17 de julio de 2018 (fl. 327), luego del 90% para el 25 de julio de 2018 (fl. 364 anverso) para, finalmente, concluir que la totalidad de las listas de elegibles fueron empleadas para proveer los empleos respectivos en el informe rendido el 30 de agosto del año en curso.

Cabe aclarar que existen situaciones particulares como la protección de derechos fundamentales a través de acciones de tutela que no permiten la desvinculación de sujetos de especial protección constitucional por lo que en esos eventos la estabilidad laboral tuvo prevalencia frente a la aplicación de la lista de elegibles.

En tal escenario, la circunstancia que dio origen a la adopción de la medida cautelar, esto es, el elemento de *periculum in mora* se ha desvanecido en tanto el interés público que se pretendió satisfacer a través de ella se logró, dando lugar a que se cumpla el supuesto del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011, según el cual hay lugar a levantarla cuando los requisitos para su decreto ya no se presenten o se hayan superado.

Por último, adviértase que esta decisión no constituye prejuzgamiento.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Mediante el Auto No. 2016-05-313 del 13 de agosto de 2018 se concedió ante el H. Consejo de Estado el recurso de apelación en el efecto devolutivo, interpuesto por la Procuraduría General de la Nación contra el Auto No. 2018-07-0419 del 6 de julio de 2018, en el cual se le concedió el término de cinco (5) días para que cancelara el valor correspondiente de las piezas procesales contenidas en el expediente con número de radicación 250002341000201800666-00, a su costa, so pena de ser declarado desierto el recurso interpuesto, no obstante, no cumplió con dicha obligación procesal, tal y como se informa en la constancia secretarial visible a folio 431 del Cuaderno de Medida Cautelar, puesto que el plazo para el efecto feneció el 23 de agosto hogano y el recurrente solo hasta el 6 de septiembre de 2018 solicitó que se le informara el valor de las copias respectivas.

Considerado esto, se declarará desierto el recurso de apelación presentado por la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo expuesto en el artículo 324 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto;

IV. RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la medida cautelar de urgencia solicitada por el accionante y adoptada mediante providencia del 6 de julio de 2018, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- DECLARAR desierto el recurso de apelación presentado por la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO.- En firme esta providencia, **INGRESAR** el expediente al Despacho para proveer sobre la admisión de la demanda.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

MOISES RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado

409 82

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., dos (2) de noviembre del dos mil dieciocho (2018)

Magistrado Ponente: OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS
Expediente: No. 25000-23-41-000-2018-00096-00
Demandante: SINDICATO DE PROCURADORES
JUDICIALES - PROCURAR
Demandados: PROCURADURÍA GENERAL DE LA
NACIÓN Y OTRO
Referencia: ACCIÓN ELECTORAL

Decide en única instancia la Sala la demanda presentada por el Sindicato de Procuradores Judiciales - PROCURAR, a través de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control jurisdiccional electoral previsto en el artículo 139 de la Ley 1437 del 2011 (C.P.A.C.A.), con el fin de que se declare la nulidad del Decreto No. 5715 del 30 de octubre de 2017 proferido por el Procurador General de la Nación, mediante el cual fue nombrado en provisionalidad el señor Herman Rincón Cuellar en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC (fls. 1 a 17 cdno. ppal.).

I. ANTECEDENTES

A. La Demanda

1. Pretensiones de la demanda

1) Mediante escrito radicado el día 26 de enero del año 2018, se presentó demanda, en contra de la Procuraduría General de la Nación, con la siguiente finalidad (fl. 1 cdno. ppal.):

"PRETENSIÓN

Se **DECLARE** la nulidad del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación

nombró en provisionalidad, por el término de seis meses, al doctor HERMAN RINCÓN CUÉLLAR como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC (prueba aportada #2)." (negrillas y mayúsculas del demandante).

2) Las súplicas de la demanda están encaminadas a que se declare la nulidad del acto de nombramiento en provisionalidad del señor Hermán Rincón Cuellar en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC, porque, según el demandante, con la expedición de ese Decreto el Procurador General de la Nación desconoció la naturaleza reglada que, por aplicación del principio constitucional del mérito (artículo 125 superior), se predica de todo acto de nombramiento que recaiga en un cargo de carrera administrativa, como es en este caso el de Procurador Judicial.

2. Hechos de la demanda

Como fundamento fáctico, la parte demandante expuso en el escrito contentivo de la demanda lo siguiente:

1. Mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la expresión "*Procurador Judicial*" contenida en el numeral 2) del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, luego de considerar que la calificación que allí se hacía de dicho empleo como de *libre nombramiento y remoción*, resultaba contraria al mandato de homologación de derechos previsto en el artículo 280 superior, comoquiera que entre los derechos a ser homologados a favor de los Procuradores Judiciales se encuentra el que su empleo sea considerado de carrera administrativa; en esa misma providencia y como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad, la Corte Constitucional ordenó a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses convocara a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, el cual debía culminar a más tardar un año después de la notificación de la sentencia.

2. En la mencionada sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013 la Corte Constitucional hizo claridad acerca de que, en materia de derechos de carrera, lo ordenado por el artículo 280 superior es una mera equiparación de regímenes, al precisar que *"una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los 'procuradores judiciales' es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación".* Similar precisión se reiteró por esa Corporación en el Auto 255 del 6 de noviembre de 2013. Luego, no hay duda de que el cargo de Procurador Judicial fue incorporado, por efecto de la sentencia C-101 de 2013, al régimen de carrera propio de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, regulado en forma especial por el Decreto Ley 262 de 2000.

3. La orden de convocar a concurso de méritos para la provisión del cargo de Procurador Judicial se reiteró en la sentencia T-147 del 18 de marzo de 2013, mediante la cual la Corte Constitucional ordenó a la Procuraduría General de la Nación que convocara *"el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y frente a las cuales no se ha convocado concurso de méritos"*.

4. En cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional, casi dos años después, mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 el Procurador General de la Nación reglamentó, por medio de catorce convocatorias, el concurso de méritos para proveer en propiedad todos los cargos de Procurador Judicial.

5. Una vez cumplidas todas las etapas del concurso convocado mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015, se produjeron las listas de elegibles correspondientes a cada una de las catorce convocatorias. Fue así como, mediante la Resolución 357 del 11 de julio de 2016, publicada ese mismo día, el Procurador General de la Nación expidió la lista de

elegibles correspondiente a la convocatoria número 004-2015, esto es, la realizada para proveer en propiedad 208 cargos ofertados de Procurador Judicial II Penal. Se trata de una lista que estará vigente por pocos meses, hasta el próximo 11 de julio de 2018, en cumplimiento de la regla de vigencia señalada en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 de apenas dos años. Dicha lista resultó integrada por 366 personas, entre ellas, la doctora Sandra Lucía Yepes Arroyave, en el puesto 150.

6. El 8 de agosto de 2016 se produjeron los primeros nombramientos en período de prueba en los 208 cargos ofertados de Procurador Judicial II Penal. Cada uno de estos decretos de nombramiento es consultable en la publicación hecha el 22 de septiembre de 2016 en la página oficial de la Procuraduría General de la Nación, a la cual puede accederse mediante el siguiente enlace:

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/DECRETOSAGOSTO2016.pdf>

7. Mediante el Decreto 3796 del 8 de agosto de 2016, el Procurador General de la Nación nombró en período de prueba por cuatro meses como Procuradora 100 Judicial II Penal de Bogotá a la doctora Sandra Lucía Yepes Arroyave.

8. Luego que la doctora Sandra Lucía Yepes Arroyave superara el período de prueba y, por ende, adquiriera derechos de carrera administrativa, mediante Decreto número 564 del 27 de octubre de 2017 del Procurador General de la Nación, le fue concedida comisión especial por un lapso de dos años para ocupar el cargo de Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia.

9. Enterado de la vacancia temporal que sobrevino al cargo de Procurador Judicial 100 Judicial II Penal de Bogotá, el 1º de noviembre de 2017 vía email, y el 2 de noviembre mediante radicado físico, el Sindicato de Procuradores Judiciales - PROCURAR, solicitó al Procurador General de la Nación que dicho empleo fuera provisto con estricta

sujeción al principio constitucional del mérito, proponiendo al efecto la figura del encargo.

10. Mediante oficio número SGN8025 del 11 de noviembre de 2017 el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación manifestó la imposibilidad de atender la petición anterior por cuanto el cargo de Procurador Judicial 100 Judicial II Penal de Bogotá ya había sido provisto de manera provisional mediante el Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017.

11. Efectivamente, mediante Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, publicado solo hasta el 23 de noviembre de 2017, el Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad por seis meses al doctor Herman Rincón Cuéllar como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, en reemplazo de la doctora Sandra Lucía Yepes Arroyave.

12. El doctor Herman Rincón Cuéllar no es titular de derechos de carrera administrativa, según constancia expedida el 24 de noviembre de 2017 por el Jefe de la Oficina de Selección y Carrera de la Procuraduría General de la Nación, tampoco hace parte de ninguna de las catorce listas de elegibles que resultaron del concurso convocado mediante la Resolución 40 del 20 de enero de 2015 del Procurador General de la Nación, esto último, se advierte al revisar cada una de esas catorce listas, las cuales son consultables en la página oficial del concurso, a la cual puede accederse mediante el siguiente enlace, <http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/>.

13. Varias son las personas que, bien por ser titulares de derechos de carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación o bien por haber superado un concurso de méritos para el cargo de Procurador Judicial II Penal, tenían mejor derecho, bien a ser encargadas o bien a ser nombradas en provisionalidad, en el cargo temporalmente vacante de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá.

14. El nombramiento en provisionalidad dispuesto mediante el Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017 del Procurador General de la Nación fue publicado en la página web de la entidad el 23 de noviembre de 2017 a las 4:41 p.m.

3. Normas Violadas y Concepto de la Violación

Como sustento de las pretensiones la parte demandante adujo la violación de las siguientes disposiciones jurídicas y constitucionales:

- Artículo 125 de la **Constitución Política**
- Artículo 25 de la **Ley 909 de 2004**
- Artículos 82, 183, 185, 187 y 216 del **Decreto Ley 262 de 2000**
- Deber de motivación de los nombramientos provisionales en cargos de carrera

La parte demandante resumió el concepto de la violación de las normas anteriores, en los siguientes términos:

"Con la expedición del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017 el Procurador General de la Nación desconoció la naturaleza reglada que, por aplicación del principio constitucional del mérito (artículo 125 superior), se predica de todo acto de nombramiento que recaiga en un cargo de carrera administrativa, como es en este caso el de Procurador Judicial

En concreto, las omisiones que se censuran a la administración al momento de expedir el acto acusado fueron las tres siguientes:

- *Omitió acudir a la figura del encargo que, según el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, constituye el mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, incluso de los que pertenecen al régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con la doctrina autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.*

- *En caso de haber comprobado que ningún empleado de carrera de la Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado omitió acudir a la figura del nombramiento provisional del elegible que sigue en turno; mecanismo que en el régimen especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación se impone en virtud de lo señalado en el inciso final del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en armonía con lo señalado en el artículo 82, literal c), ibídem. En este caso, de haberse comprobado que ningún empleado de carrera de la*

Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado, era deber de la administración utilizar la lista de elegibles que se encuentra vigente para el cargo de Procurador Judicial Penal II hasta el 11 de julio de 2018.

- Omitió motivar la decisión, pues contrario a lo exigido por la ya precisada subregla de la jurisprudencia constitucional (sentencia C-753 de 2008), ninguna explicación ofrece el acto acusado en punto a las razones del servicio (artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000) que obligaron al Procurador General de la Nación no solamente a no preferir un nombramiento en encargo, sino a acudir al nombramiento provisional que recayó en alguien que ni es titular de derechos de carrera administrativa ni integra la lista de elegibles actualmente vigente para proveer el cargo.*

(...)

En el caso específico que nos ocupa, tal como se refirió en los hechos de la demanda, el Sindicato de Procuradores Judiciales "PROCURAR", una vez conocida la vacante temporal de Procurador 100 Judicial II Penal, y antes de que se procediera al nombramiento mediante el mecanismo de la provisionalidad, solicitó directamente y a través de derecho de petición dirigido al nominador, que dicha vacante se proveyera mediante la figura del encargo, requerimiento que no fue tenido en cuenta por el Procurador General de la Nación quien procedió a nombrar discrecionalmente al Dr. Herman Rincón Cuellar, empleado no inscrito en carrera.

Con dicho proceder se incurrió en una aplicación del artículo 187 del Decreto 262 de 2000 en forma contraria a la constitución, a la ley y a los consolidados antecedentes jurisprudenciales que regulan el principio del mérito, circunstancia que hace que el nombramiento así efectuado devenga nulo.

(...)"

No obstante lo anterior, el Colegio de Procuradores a través de su Presidenta coadyuvó la demanda antes transcrita (fls. 217 a 226 cdno. ppal.).

B. Trámite de la Demanda

Por auto del 28 de febrero de 2018 se admitió en única instancia la demanda (fls. 181 a 190 cdno. ppal.), providencia que fue notificada el día 7 de marzo del mismo año en forma personal mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, de manera personal y por aviso a las partes (fl. 191, 294, 299 a 302 cdno. ppal.).

C. Contestación de la demanda

A través de apoderado judicial mediante escrito allegado el día 12 de abril de 2018 (fls. 284 a 288 vltos. cdno. ppal.), la Procuraduría General de la Nación respondió la demanda en los términos que se resumen a continuación:

En virtud del Decreto Ley 262 de 2000, *"Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos"*, se definió el sistema de ingreso y retiro del servicio, movimientos de personal, situaciones administrativas de los servidores de la Procuraduría General de la Nación y calidades para los agentes del ministerio público.

En dicha norma, se establecieron los tipos de nombramientos que pueden realizarse en la Procuraduría General de la Nación, señalando en el artículo 82:

"ARTÍCULO 82. Clases de nombramiento. En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:

- a) *Ordinario: para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.*
- b) *En período de prueba: para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.*
- c) *Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.*

Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

Parágrafo. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos. (Subraya la parte demandada).

Igualmente, el mencionado Decreto contempló el encargo como una de las formas para efectuar movimientos de personal, por parte del nominador, al interior de la Entidad; de esta manera el artículo 89 indica:

"ARTÍCULO 89. Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción para asumir, total o parcialmente, desvinculándose o no de las propias de su empleo, las funciones de otro empleo por ausencia temporal o definitiva de su titular.

Cuando se trata de ausencia temporal, el encargado sólo podrá desempeñar las funciones del empleo que asume, durante el término de aquella.

Cuando se trate de ausencia definitiva, el encargado podrá desempeñar las funciones del empleo que asuma mientras se nombra el titular del empleo, término que no podrá exceder de seis meses.

Al vencimiento del encargo, quien venía ejerciendo las funciones encargadas cesará automáticamente en su desempeño y continuará cumpliendo las funciones propias del empleo del cual es titular.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el sueldo señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular".

Al respecto, consideró que no podía la Procuraduría General de la Nación, como lo pretende la parte actora, utilizar un cargo de carrera administrativa para continuar agotando la lista de elegibles correspondiente a la convocatoria No. 004 de 2015 y la Resolución 357 de 2016, pues en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del literal c) del artículo 82 del Decreto Ley 262 de 2000, "se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que

generaron la vacancia temporal del empleo", situación ésta que ocurrió en el presente caso.

En este asunto, debe considerarse, que el Procurador General de la Nación, mediante Resolución No. 564 de 27 de octubre de 2017, resolvió:

"ARTÍCULO PRIMERO: Conceder Comisión Especial a la doctora SANDRA LUCÍA YEPES ARROYAVE, identificada con la cédula de ciudadanía 51.863.661, Procuradora 100 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC, por el término de dos (02) años a partir del 01 de noviembre de 2017 y hasta 31 de octubre de 2019, para desempeñarse en provisionalidad como Magistrada Auxiliar de la Comisión de Apoyo Investigativo al Servicio del despacho del Magistrado JOSÉ LUIS CARCELÓ (sic) CAMACHO, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la parte motiva del presente acto administrativo. (...)"

Así las cosas, se tiene por parte de la Procuraduría General de la Nación que, el cargo ocupado por la doctora Yepes Arroyave quedó temporalmente vacante en virtud de la situación administrativa de Comisión Especial a ella otorgada por el Procurador General de la Nación.

Luego entonces, al encontrarse el empleo de Procurador Judicial II Penal de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC, en vacancia temporal, el mismo podía ser ocupado en provisionalidad por el nominador, así fuere con una persona que no ocupara la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 357 de 2016, y únicamente mientras durara la situación administrativa que originó la vacancia.

Justamente, sobre el particular, la Corte Constitucional, en Sentencia C - 077 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, al analizar la facultad que le asiste al Procurador General de la Nación para hacer nombramientos en provisionalidad con el fin de proveer empleos de carrera vacantes definitiva o temporalmente, sostuvo:

(...)

Por otra parte, la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el Art. 2º ibídem.

Por estas razones, con un criterio racional y práctico se impone como una necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva, lo cual se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante el encargo a empleados de carrera.

(...)

Se observa que en esta forma el nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva en un cargo público de carrera no atenta contra la integridad y la regularidad del concurso público de méritos y, por el contrario, permite su realización y por tanto el logro de sus fines y protege el derecho de todas las personas de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores.

Por otra parte, cuando la vacante en el cargo público de carrera no es definitiva, sino temporal, el mismo debe ser provisto también en forma transitoria, por la misma razón anotada de la necesidad de continuidad en la prestación de la función pública, por el tiempo que dure la situación administrativa correspondiente, mediante encargo o mediante nombramiento provisional, de acuerdo con las mismas normas legales. (...) (Negrilla y subrayado de la demandada).

Luego entonces, de cara a los argumentos planteados en la demanda, para la Procuraduría General de la Nación, no era posible ocupar el empleo en el que se nombró en provisionalidad al señor Hernán Rincón Cuellar bajo la figura del encargo como lo señala el apoderado de la parte actora, pues de conformidad con el artículo 89¹ del Decreto Ley 262 de 2000, la misma solo es procedente para ocupar un empleo de libre nombramiento y remoción, circunstancia que no obedecía al caso en cuestión, pues debe advertirse, que con la expedición de la Sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013, por la Corte Constitucional, los empleos de Procurador Judicial, pasaron de ser de libre nombramiento y remoción, a cargos en provisionalidad.

¹ "ARTÍCULO 89. Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción para asumir, total o parcialmente, desvinculándose o no de las propias de su empleo, las funciones de otro empleo por ausencia temporal o definitiva de su titular."

JPA

En efecto, considera que los argumentos del accionante no están llamados a prosperar, no solamente porque el nombramiento efectuado por el Procurador General de la Nación, en provisionalidad, a través del Decreto 5715 de 30 de octubre de 2017, se ajustó al artículo 82 del Decreto 262 de 2000, sino además, porque la misma norma especial que regula el régimen de la Procuraduría General de la Nación no establece que los cargos temporalmente vacantes deban ser ocupados mediante encargo o provisionalidad por personas que se encuentren en lista de elegibles, en este caso, en la Resolución No. 357 de 2016, como lo solicita la parte actora.

En este punto, advierte, como quiera que el texto del artículo 82 del Decreto Ley 262 de 2000 ofrece suficientemente claridad respecto del asunto que se debate, que no resultaría posible ir más allá de su tenor literal imponiendo obligaciones al nominador en situaciones que no se encuentran expresamente reguladas.

En consecuencia, el Decreto 5715 de 30 de octubre de 2017 se ajustó a la norma especial que regía su expedición, la cual, se reitera, no exige para ocupar cargos temporalmente vacantes en la Procuraduría General de la Nación, condición alguna respecto de la persona sobre la cual recae el nombramiento provisional, valga decir, que se encuentre en Lista de Elegibles.

2. Hernán Rincón Cuellar

Hernán Rincón Cuellar persona a quien se demanda su nombramiento en el cargo de Procurador Judicial 100 Judicial II Penal de Bogotá, **no contestó la demanda.**

D. Trámite de Audiencias

En cumplimiento de lo consagrado en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), el día 17 de agosto del año 2018 (fls. 357 a 363 cdno. ppal.), se llevó a cabo la audiencia inicial dentro del trámite del debate

la cual tuvo como finalidad, entre otras, el saneamiento del proceso; cabe resaltar que en la misma se propuso la excepción *innominada o genérica*, la cual fue resuelta en la audiencia en el sentido de declararla no probada.

E. Trámite de la segunda audiencia (pruebas)

El día 18 de septiembre del año 2018 (fls. 393 a 396 cdno. ppal.), se realizó la segunda audiencia dentro del trámite objeto del debate, esto es la audiencia de pruebas de que trata el artículo 285 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) con el objeto de recaudar las pruebas pedidas por las partes según lo prevé el artículo 285 de la Ley 1437 de 2011, las cuales son de orden documental y se encuentran legalmente incorporadas al expediente.

F. Alegatos de Conclusión

Practicadas en su totalidad las pruebas, por considerarse innecesaria la celebración de audiencia de alegaciones y juzgamiento consagrada en el artículo 182 de la Ley 1437 de 2011 se corrió traslado a las partes para que por escrito presentaran los alegatos de conclusión por el término común de diez (10) días hábiles, derecho del que hizo uso en forma oportuna el apoderado de la parte demandante (fls. 397 a 403 cdno. ppal.) y el apoderado de la Procuraduría General de la Nación (fls. 404 a 407 vltos. cdno. ppal.), reiterando lo expuesto en el escrito de demanda y contestación de la misma, respectivamente.

G. Concepto del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público delegado ante esta Corporación, para este asunto, Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, doctor Nicolás Yépez Corrales, no presentó el respectivo concepto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cumplidos los trámites propios del proceso sin que exista causal alguna de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a resolver el asunto sometido a consideración con el siguiente derrotero: A) objeto de la controversia; B) marco jurídico objeto de debate; C) pruebas obrantes en el proceso; D) análisis previo de la Sala; E) análisis de los cargos de nulidad; y F) conclusión.

A. Objeto de la controversia

La parte actora solicita la declaración de nulidad del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, mediante el cual fue nombrado en provisionalidad el señor Herman Rincón Cuellar en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC.

A juicio del demandante el acto acusado deviene ilegal porque se omitió acudir a la figura del encargo que, según el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, asimismo, en caso de haber comprobado que ningún empleado de carrera de la Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado, omitió la figura del nombramiento provisional del elegible que sigue en turno, y finalmente, no se motivó la decisión.

B. Marco jurídico objeto de debate

1) La Constitución Política en el artículo 125 establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben regirse por las normas que regulan la carrera administrativa con excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, precisando que su ingreso y ascenso se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley al respecto para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Con fundamento en lo anterior el Presidente de la República en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral cuarto del artículo 1º de la Ley 573 de 2000 expidió el Decreto Ley 262 de 2000 *"Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos"*.

Adicionalmente allí se clasifican los nombramientos dentro de la Procuraduría General de la Nación de la siguiente manera: i) ordinario, ii) en período de prueba, y iii) provisional.

Concretamente para el nombramiento provisional el inciso segundo del literal c) del artículo 82 del Decreto Ley 262 del año 2000 determinó que, *se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo*.

Según el artículo 183 del mismo Decreto, la carrera de la Procuraduría General de la Nación es un sistema técnico de administración de personal, que regula *"el ingreso, ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito"*, así como también establece la forma en que los funcionarios pertenecientes a la carrera acceden a los cargos.

2) Los artículos 185, 186 y 187 del Decreto 262 de 2000 regulan la facultad que tiene el Procurador General de la Nación para realizar nombramientos en provisionalidad de sus funcionarios de carrera, concretamente en el siguiente sentido:

"ARTICULO 185. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, **el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.**

Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. **Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.**

El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1o. de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000.

ARTICULO 186. NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. El nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata.

También tendrá carácter provisional la vinculación del servidor que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que, en virtud de la ley o de decisión judicial, se convierta en cargo de carrera. En este caso, el concurso para proveer definitivamente la vacante respectiva será abierto.

(...)

ARTICULO 187. PROVISION DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular."
(resalta la Sala).

Las mencionadas normas prevén, en lo acusado, que en la Procuraduría General de la Nación se puede realizar nombramiento provisional para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso y, también, para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo (Art. 82); que en caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño; efectuado el nombramiento en encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento (Art. 185); que el nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata (Art. 186); los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones (Art. 187).

Por su parte, el artículo 216 de la misma normatividad, respecto a la lista de elegibles para proveer cargos vacantes, estableció:

"ARTICULO 216. LISTA DE ELEGIBLES. Formarán parte de la lista de elegibles para el empleo correspondiente los concursantes que obtengan, un puntaje total igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso.

La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su

publicación y deberá estar contenida en resolución proferida por el Procurador General.

La provisión de los empleos objeto de convocatoria será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista y en estricto orden descendente.

La lista deberá fijarse en donde se publicaron los demás actos expedidos dentro del proceso de concurso.

Quiénes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar, el nombramiento recaerá en quien haya obtenido el puntaje superior en la prueba de conocimientos y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente.

*Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad. **El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía.** En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles.” (resalta la Sala).*

Bajo el anterior contexto, se estableció una condición para proveer vacantes en el mismo empleo en la entidad siempre y cuando esté vigente la lista de elegibles, esto es que, el Procurador General de la Nación **deberá** utilizar dicha lista en estricto orden descendente.

Dadas como están las cosas, se tiene que, si bien existe la excepción a la regla de carrera que sería la provisionalidad, se analiza que el cargo cubierto a través de nombramiento provisional debía en un principio ser asignado a un funcionario inscrito en la carrera de la Procuraduría General de la Nación, lógicamente cumpliendo los requisitos idóneos y particulares para el cargo, y una vez agotada esta opción, se podrá acudir a nombramientos provisionales de personas externas a la carrera.

No obstante lo anterior, se pone de presente que la Corte Constitucional en sentencia T-147 de 2013, al analizar el tema de los nombramientos

en provisionalidad en cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, manifestó lo siguiente:

"En cuanto a la designación de funcionarios en calidad de encargados y en provisionalidad, el régimen de la Procuraduría General de la Nación difiere de los demás regímenes establecidos para las diversas entidades del poder público, en Colombia, diferencia que obedece a criterios de razonabilidad como lo son la independencia y autonomía que caracteriza a la entidad, y la especialidad que le reconoce el régimen de carrera administrativa general contenido en los artículos 113, 118, 125, 279 de la Constitución Política en armonía con los artículos 3° numeral 2 y 7° de la Ley 909 de 2004, y los artículos 158 numeral 6° y 188 del Decreto-Ley 262 de 2000." (Negrillas adicionales de la Sala).

La misma Corporación respecto al nombramiento de personas en vacantes temporales en entidades públicas, estableció:

"La interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es constitucional, pues permite delimitar la actuación de la administración pública. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros: (i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004. (ii) En caso de ausencia de lista de elegibles se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad. (iii) Se deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación. (iv) El procedimiento de selección para los empleos temporales deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar"². (resalta la Sala).

Ahora bien, teniendo en cuenta el marco jurídico y jurisprudencial antes transcrito, la finalidad que se le ha atribuido a los nombramientos en provisionalidad, como facultad de la Procuraduría General de la Nación,

² Sentencia C-288 de 2014.

en principio, se encuentra determinada por la urgencia en la prestación del servicio, lo que constituiría una situación especial que permite el nombramiento transitorio de cualquier persona, siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer (artículo 185 D.L. 262 de 2000); sin embargo, no se puede obviar la condición de que, el Procurador en este caso, deberá utilizar la lista de elegibles (vigente) en estricto orden descendente – Resolución 357 de 11 de julio de 2016 (artículo 216 *ibídem*).

3) Por lo anterior, la Sala analizará si con la expedición del Decreto 5715 de 30 de octubre de 2017, la Procuraduría General de la Nación inaplicó las normas y jurisprudencias establecidas para el caso de nombramiento en provisionalidad a una persona que no pertenece a la carrera administrativa de la entidad, aun existiendo lista de elegibles vigente para el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC.

Se reitera que, el Decreto Ley 262 de 2000 estableció claramente en el artículo 187 que, los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, lo que ocurrió en este caso.

Sin embargo, como se ha manifestado anteriormente, el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 (norma aplicable al caso) estableció como condición especial para cuando se presentan vacantes que, *el nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos (...)*, cuestión que no ocurrió en este caso, toda vez que, el Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad para el cargo materia de discusión a una persona externa de la entidad, la cual no hace parte de la lista de elegibles para dicho cargo.

C. Pruebas obrantes en el proceso

1) Se evidencia que el día 30 de octubre del año 2017 fue expedido el Decreto No. 5715 por el Procurador General de la Nación mediante el cual se efectuó el nombramiento en provisionalidad del señor Herman Rincón Cuellar como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC (fl. 21 cdno. ppal.).

2) En los folios 72 a 82 del cuaderno principal obra copia de la Resolución 357 de 11 de julio de 2016 *"por medio del cual se establece una lista de elegibles"* para el cargo materia de controversia.

3) En el folio 337 del cuaderno principal del expediente se observa copia del Decreto 1376 de 22 de marzo de 2018 *"por medio del cual se da cumplimiento a una decisión judicial"*, emitido por el Procurador General de la Nación, en el que se verifica que al demandado Herman Rincón Cuellar, se le suspendió provisionalmente su nombramiento como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, con la respectiva comunicación al interesado (fl. 338 cdno. ppal.), lo anterior en virtud de lo ordenado por esta Corporación mediante auto de 28 de febrero de 2018 (fls. 181 a 190 cdno. ppal.).

4) En el folio 378 del cuaderno principal obra el Decreto 2274 de 8 de mayo de 2018 *"por medio del cual se acepta la renuncia a un cargo"*, en el que se observa que, el señor Herman Rincón Cuellar renunció al cargo aquí debatido.

D. Análisis previo de la Sala

En la forma en que ha sido planteado el caso, se tiene que, podría resolverse declarando una carencia de objeto respecto del acto demandado, toda vez que, se encuentra suspendido y la persona nombrada ya no se encuentra vinculada a la entidad por haber

presentado en su momento la renuncia, sustentado esto en las pruebas allegadas al proceso y antes trascritas.

No obstante, no se puede perder de vista que el Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017 produjo efectos jurídicos entre los meses de octubre de 2017 a marzo de 2018, y frente a esta situación, el Consejo de Estado³ en sentencia de unificación estableció lo siguiente:

"(...)

ii) Si el acto acusado produjo efectos, el juez contencioso administrativo mantiene su competencia para conocer de la legalidad y decidir si se desvirtúa o no la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia, estudio que corresponde hacerlo en la sentencia.

(...)".

Como en el caso concreto, se demostró que el acto de nombramiento del señor Herman Rincón Cuéllar produjo efectos jurídicos, no es procedente decretar la carencia de objeto por sustracción de materia, por lo tanto, se debe realizar el estudio de legalidad del mismo.

E. Análisis de los cargos de nulidad

Establecido lo anterior, a continuación la Sala estudia el mérito de los cargos de nulidad propuestos por la parte actora, a saber:

Primer cargo: Violación de la Constitución Política en su artículo 125 y Desconocimiento de los artículos 82, 183, 185, 187 y 216 del Decreto Ley 262 de 2000.

Según los argumentos de la parte demandante, la provisionalidad ignora el sistema de carrera, el cual el Decreto 262 de 2000 ha definido como *"un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto*

³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Rocío Araujo Oñate. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 47001-23-33-000-2017-00191-02. Actor: Edilson Miguel Palacios Castañeda. Demandado: Alfredo José Moisés Ropain - Contralor de Santa Marta- Período 2016-2019.

Expediente No. 25000-23-41-000-2018-00096-00
Demandante: Sindicato de Procuradores Judiciales – PROCURAR
Acción electoral

garantizar la eficiencia de la entidad y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma".

Así mismo, según el demandante, el proceso de nombramiento en provisionalidad del señor Herman Rincón Cuellar como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC, es ilegal porque para la fecha en que fue expedido el acto acusado existía lista de elegibles vigente para dicho cargo (Resolución 357 de 11 de julio de 2016), circunstancia esta que viola flagrantemente el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, artículos 82, 183, 185, 187 y 216 del Decreto Ley 262 de 2000 por cuanto no existía ninguna situación especial que permitiera la aplicación del régimen excepcional para aquellos casos en que los que no sea posible designar un funcionario perteneciente a la carrera de la Procuraduría General de la Nación.

También que, fue desconocido el principio del mérito debido a que la designación recayó en alguien que no hace parte de la carrera, y que se trasgredió de igual manera el artículo 125 Constitucional porque la vacante debía ser suplida con uno de los funcionarios que figuran en la lista de elegibles, quienes reúnen los requisitos para acceder al cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, y se omitió la motivación de la decisión, sin justificar el nombramiento realizado.

Al respecto, se tiene lo siguiente:

- 1) Se aclara, contrario a lo manifestado por la parte demandada en su contestación de demanda, que el cargo de "procurador judicial" es un empleo que pertenece a la carrera y no a la provisionalidad, toda vez que, la sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013 declaró la inexecutable de dicha expresión del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000.

Ahora bien, el nombramiento en provisionalidad de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación está regulado en los artículos 186 y 187 del Decreto Ley 262 de 2000 *"Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos"*, cuyo textos son del siguiente tenor:

"ARTICULO 186. NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. El nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata.

También tendrá carácter provisional la vinculación del servidor que ejerza un empleo de libre nombramiento y remoción que, en virtud de la ley o de decisión judicial, se convierta en cargo de carrera. En este caso, el concurso para proveer definitivamente la vacante respectiva será abierto.

(...)

ARTICULO 187. PROVISION DE LOS EMPLEOS POR VACANCIA TEMPORAL. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular."

De conformidad con estas preceptivas, se tiene que, dentro de la Procuraduría General de la Nación está permitido el nombramiento provisional de funcionarios que no pertenecen a la carrera (artículo 186), por el tiempo que dure dicha situación (artículo 187).

No obstante, en aras de garantizar el principio del mérito, tal como lo establece el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, el nominador para proveer la vacante suscitada primordialmente **deberá** utilizar la

25394

lista de elegibles para el empleo materia de discusión, que en este caso sería la Resolución 357 de 2016, la norma mencionada, es del siguiente tenor:

"ARTICULO 216. LISTA DE ELEGIBLES. Formarán parte de la lista de elegibles para el empleo correspondiente los concursantes que obtengan, un puntaje total igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso.

La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y deberá estar contenida en resolución proferida por el Procurador General.

La provisión de los empleos objeto de convocatoria será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista y en estricto orden descendente.

La lista deberá fijarse en donde se publicaron los demás actos expedidos dentro del proceso de concurso.

Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar, el nombramiento recaerá en quien haya obtenido el puntaje superior en la prueba de conocimientos y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente.

Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad. **El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía.** En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles." (resalta la Sala).

2). En lo que concierne a la primacía de la carrera en las entidades públicas, la Corte Constitucional⁴ ha establecido, lo siguiente:

b) Análisis de los apartes demandados de los artículos 8, 9 y 11 de la Ley 443 de 1998.

El artículo 8 establece, en lo demandado, que mientras se surte el proceso de selección convocado para proveer un cargo de carrera, los empleados de carrera tendrán derecho preferencial a ser

⁴ Sentencia C-942 de 2003

encargados, si acreditan los requisitos para su desempeño. Lo propio ocurre en las vacantes de las sedes regionales.

Lo acusado del artículo 9 consagra que la provisión de empleos de carrera por vacancia temporal de su titular deben ser provistos mediante encargo, con empleados de carrera. Sólo cuando esto no fuere posible, se podrá nombrar en provisionalidad.

Y el artículo 11 establece que los empleados de carrera podrán desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción hasta por 3 años en la misma entidad o en otra. Al término de los tres años, el empleado de carrera asumirá el cargo respecto del cual ostente derechos de carrera o presentará renuncia.

La actora considera que las partes acusadas de estas disposiciones constituyen un privilegio odioso a favor de los empleados de carrera en desmedro del resto de ciudadanos que tienen derechos constitucionales de ingresar mediante concurso a la carrera administrativa. Ello viola los artículos 40, numeral 7, y 125 de la Constitución.

Los intervinientes consideran que no hay violación a los artículos constitucionales, pues no hay razón que para vacancias temporales, la administración deba abrir concursos para proveer estos cargos. El señor Procurador considera que existe una justificación razonable y los artículos no comportan un trato preferencial desprovisto de justificación, a favor del servidor inscrito en carrera.

La Corte comparte lo dicho por los intervinientes y el señor Procurador, puesto que se trata de proveer vacancias temporales que no justifican la apertura de concursos. Además, como lo pone de presente uno de los intervinientes, la realización de concursos implica un gran esfuerzo administrativo y económico para el Estado, por lo que el procedimiento debe ser aprovechado al máximo.

Ahora bien: resulta a todas luces elemental que las disposiciones acusadas contemplen que se prefiera encargar temporalmente de un empleo de carrera a un servidor de carrera y no que se provea la vacante temporal en provisionalidad, es decir, por quien no esté en carrera, por la obvia razón de que el de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo, como se examinó al inicio de estas consideraciones, implícitas las garantías de ser favorecido con nombramientos en encargo, como una manera de estimular la estabilidad del servidor en la Administración. Esta clase de estímulos son muy distintos a privilegios odiosos e injustificados como los califica la demandante.

Es más, podría pensarse que habría vulneración a la Constitución si las normas que garantizan y desarrollan la carrera administrativa establecieran disposiciones que en lugar de privilegiar los nombramientos temporales a un servidor de carrera lo hiciera a favor de quien no ostenta este carácter.

En este punto, cabe reiterar lo dicho por la Corte en la sentencia C-1163 de 2000, en la que se examinó una disposición que establece

prelación para los empleados de carrera frente a los empleados vinculados mediante nombramiento provisional, en asuntos de capacitación y estímulos. El cargo en aquella oportunidad esgrimido radicaba en la supuesta violación del principio de igualdad. La Corporación dijo al respecto, que la expresión prelación a favor de los empleados de carrera resulta exequible siempre y cuando no se entienda como la exclusión definitiva de los demás empleados.

En consecuencia, el trato privilegiado a favor de los servidores públicos de carrera establecido en los apartes acusados de los artículos 8, 9 y 11 de la Ley 443 de 1998, serán declarados exequibles, pues se trata de vacancias temporales, que no implican exclusión de los ciudadanos de ingresar a la Administración pública. (subrayado del original y negrillas de la Sala).

Por lo anterior, es pertinente afirmar que se debe preferir nombrar provisionalmente en el empleo de carrera a un servidor que se encuentre en turno en la lista de elegibles (Resolución 357 de 2016), por la razón de que, la persona de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo las garantías de ser favorecido con nombramientos en provisionalidad, como una manera de estimular la estabilidad del servidor en la Administración, y no que se provea dicha vacante temporal por quien no esté en carrera, como ocurrió en este caso, que se designó al señor Herman Rincón Cuellar, quien no se encuentra registrado en la lista de elegibles para el cargo materia de discusión, ni pertenece a la carrera administrativa.

Segundo cargo: Deber de motivación de los nombramientos provisionales en cargos de carrera

Según los argumentos de la parte demandante, se omitió motivar la decisión, pues contrario a lo exigido por la ya precisada subregla de la jurisprudencia constitucional (sentencia C-753 de 2008), ninguna explicación ofrece el acto acusado en punto a las razones del servicio (artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000) que obligaron al Procurador General de la Nación no solamente a no preferir un nombramiento en encargo, sino a acudir al nombramiento provisional que recayó en alguien que ni es titular de derechos de carrera administrativa ni integra la lista de elegibles actualmente vigente para proveer el cargo.

Al respecto, se tiene que, la Corte Constitucional⁵, estableció:

"De la anterior exposición esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley; (ii) que el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; (iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionalmente no justificadas; (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados". (negritas y subrayado fuera de texto).

Así las cosas, al establecerse el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad, se ajustan a derecho, toda vez que, de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a la excepción para proveer el cargo de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es transitoria, la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiéndose motivar, por ejemplo, arguyendo que el cargo será proveído a esa persona, por razones del servicio (inciso segundo, artículo 185 D.L. 262 de 2000)⁶, cuestión que no ocurrió en este caso, ya que, solo se emitió el Decreto 5715 de 30 de octubre de 2017, sin sustento jurídico ni fáctico alguno (fl. 21 cdno. ppal.), tampoco se acreditó que el señor Herman Rincón Cuellar cumpliera los requisitos legales para el desempeño del empleo a proveer.

⁵ Sentencia C-753 de 2008

⁶ **ARTICULO 185. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES.** (...) Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer. (...)” (subraya la Sala).

No obstante lo anterior, se observa que, para el momento de la expedición del acto demandado, esto es, el 30 de octubre de 2017, existían funcionarios de carrera para ocupar provisionalmente la vacante de la doctora Sandra Yepes Arroyave (fls. 72 a 82 cdno. ppal.).

F. Conclusión

De todo lo expuesto, se desprende que existían funcionarios en carrera (lista de elegibles), al momento de efectuarse la provisión del empleo al señor Herman Rincón Cuellar como Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC, mediante el Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017, y en esa medida eran susceptibles de ser nombrados en virtud de lo previsto en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000.

No obstante, como se indicó previamente, al ser esta una excepción de carácter potestativa la Procuraduría General de la Nación **debió** haber optado por nombrar a la persona que seguía en la lista de elegibles vigente para la época de los hechos (Resolución 357 de 11 de julio de 2016), sin embargo, su decisión fue la contraria y procedió a nombrar a un tercero mediante el Decreto No. 5715 del 30 de octubre del año 2017, demandado en este asunto.

Lo anterior permite concluir que, la Procuraduría General de la Nación en forma indiscriminada realizó el nombramiento haciendo uso del literal c) del artículo 82 del Decreto Ley 262 de 2000⁷ como facultad excepcional para comisionar anticipadamente a los funcionarios, pero, ante la evidencia de funcionarios disponibles (por existir lista de elegibles) para ser nombrados en el cargo vacante de su mismo, como lo prevé el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, no los asigna sino que acude a terceros que no hacen parte de la carrera, haciendo uso de la provisionalidad.

⁷**ARTICULO 82. CLASES DE NOMBRAMIENTO.** En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:

(...) **c) Provisional:** para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso. Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

Bajo el anterior contexto, se encuentra probado dentro del presente asunto que, si bien para el momento de la expedición del acto demandado existían funcionarios de carrera para ser nombrados en la vacante suscitada, la Procuraduría General de la Nación acudió a un tercero que no hace parte de la carrera, contrariando las normas aplicables, concretamente dispuesto en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 y aplicando la provisionalidad sin que hubiere lugar a ella.

De este modo se busca proteger las disposiciones constitucionales de protección al mérito y los regímenes de carrera, y en esa medida es claro que la provisionalidad es una excepción de última opción, es decir, que la entidad demandada no puede desconocer lo previsto en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000.

Por consiguiente, la Sala accederá a la pretensión de la demanda al haberse desvirtuado la presunción de legalidad del acto acusado y demostrado la violación de la regulación prevista en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 y del régimen especial de carrera aplicable a la Procuraduría General de la Nación, como quedó expuesto anteriormente

Por tanto, ante la prosperidad de los cargos de nulidad, se accederá a la pretensión de la demanda, y en consecuencia, se declarará la nulidad del Decreto 5715 del 30 de octubre de 2017 mediante el cual fue nombrado en provisionalidad el señor Herman Rincón Cuellar como de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

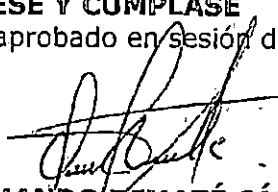
1º) Declárase la nulidad del Decreto No. 5175 del 30 de octubre del año 2017, mediante el cual fue nombrado en provisionalidad el señor **Hermán Rincón Cuellar** en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC.

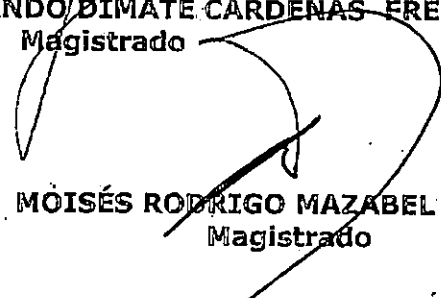
2º) Levántase la medida cautelar decretada mediante auto de 28 de febrero de 2018.

3º) Notifíquese esta providencia en los términos del artículo 289 del Código Contencioso Administrativo.

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE

Discutido y aprobado en Sesión de Sala de la fecha. Acta No.


OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS **FREDY IBARRA MARTÍNEZ**
Magistrado Magistrado


MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN
Magistrado



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B**

Consejero Ponente: Alberto Montaña Plata

Bogotá D. C., 22 de marzo de 2019.

Radicación: 11001-03-15-000-2019-00709-00

Accionantes: Nación – Procuraduría General de la Nación

Acclonado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección B.

Referencia: Acción de tutela. Primera instancia

Temas: ACCIÓN DE TUTELA. Tutela contra providencia judicial/ cumplimiento de requisitos generales de procedibilidad/ defecto sustantivo

Síntesis del caso: La entidad accionante enjuició la Sentencia, de única instancia, de 2 de noviembre de 2018, por medio de la cual la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de un nombramiento en provisionalidad para el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá, dentro de un proceso de nulidad electoral.

Procede la Sala a resolver, en primera instancia, la acción de tutela presentada por la Procuraduría General de la Nación contra la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Contenido: 1. Antecedentes. 2. Consideraciones. 3. Decisión.

1. ANTECEDENTES

Contenido: 1.1. Solicitud de amparo. 1.2. Hechos. 1.3. Fundamentos de la vulneración. 1.4. Actuaciones procesales relevantes.

1.1. Solicitud de amparo¹

1. La Procuraduría General de la Nación instauró acción de tutela contra la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por la presunta vulneración de su derechos al debido

¹ Folios 1 a 7.

proceso, al considerar que, en la Sentencia de 2 de noviembre de 2018, dictada por la autoridad judicial accionada, dentro del proceso de nulidad electoral No. 2018-00096-00, se configuró un defecto sustantivo, por la presunta aplicación indebida de las normas en las que dicha decisión judicial debía fundarse. A título de amparo constitucional, la entidad accionante solicitó (se transcribe)²:

"Con fundamento en las anteriores consideraciones, de manera atenta solicito a esa Honorable Corporación que se tutele el derecho al debido proceso de la Procuraduría General de la Nación, afectado por la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

En consecuencia, solicito se disponga lo siguiente:

1) Que se revoque la sentencia materia de tutela y se ordene al Tribunal Administrativo de Cundinamarca expedir una nueva providencia en la cual se denieguen las pretensiones."

1.2. Hechos

2. Como hechos relevantes para sustentar la acción de tutela de la referencia, fueron narrados los siguientes:

3. 1) Mediante el Decreto 3796 de 8 de agosto de 2016, la Procuraduría General de la Nación nombró en periodo de prueba, en el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá, a la señora Sandra Lucía Yepes Arroyave.

4. 2) Superado el periodo de prueba, la señora Yepes Arroyave solicitó una "comisión especial" por 2 años para ocupar el cargo de Magistrada Auxiliar de la Corte Suprema de Justicia; la cual fue concedida a través del Decreto 564 de 2017.

² Folio 7.

5. 3) Dado que la situación administrativa antes mencionada dio lugar a la vacancia temporal del cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá, la entidad accionante nombró en provisionalidad al señor Herman Rincón Cuellar mediante el Decreto 5715 de 2017; nombramiento contra el cual el Sindicato de Procuradores Judiciales PROCURAR presentó demanda, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

6. 4) A través de Sentencia, de única instancia, de 2 de noviembre de 2018, dentro del proceso de nulidad electoral No. 2018-00096-00, la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad del Decreto 5715 de 2017, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación había nombrado, en provisionalidad, al señor Herman Rincón Cuellar en el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá.

1.3. Fundamentos de la vulneración

7. Luego de explicar con detalle el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial en el caso concreto, así como su legitimación activa en la causa, la entidad accionante sostuvo que:

8. – El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la resolución del proceso de nulidad electoral, incurrió en un defecto sustantivo por la errónea interpretación del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, pues desconoció la teleología de la norma, al darle alcance para la provisión de cualquier tipo de vacancia, cuando el legislador extraordinario la circunscribió a la provisión de cargos en vacancia definitiva.

9. – Lo que se pretendió con el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, fue la provisión de vacantes definitivas, para que, quienes se

encontraran en las listas de elegibles, adquirieran los derechos de la carrera de la entidad y se beneficiaran de la estabilidad que la misma brinda. En ese sentido, la obligación de agotar las listas de elegibles cuando se presente la vacancia temporal de un cargo, tiene la potencialidad de afectar la prestación del servicio, pues dicha carga administrativa de orden operativo puede demorar el mismo de la temporalidad de la vacancia del cargo, mientras se consulta a los elegibles sobre su aceptación del cargo en provisionalidad.

10. – El literal C del artículo 82 del Decreto Ley 262 de 2000 autorizó a la Procuraduría General de la Nación para efectuar nombramientos en provisionalidad, cuando se presentaran vacantes temporales.

11. – Proveer el cargo de la señora Yepes Arroyave con una persona con derechos de carrera puso en riesgo los derechos de la primera³.

12. – En el caso concreto no era aplicable el precedente de la Sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre el deber de motivación de los nombramientos en provisionalidad, pues dicha providencia se profirió en el marco de las reglas de carrera del sector defensa, lo que resultó como una imposición de una carga sin sustento normativo en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.

13. Con fundamento en lo anterior, la entidad accionante invocó como causal específica el defecto sustantivo.

1.4. Actuaciones procesales relevantes

1.4.1. Admisión de la demanda⁴

³ Sobre el particular, la entidad accionante no explicó en qué medida se podrían ver afectados los derechos de la señora Yepes Arroyave, como titular del cargo.

⁴ Folio 28.

14. Mediante Auto de 19 de febrero de 2019, el despacho sustanciador resolvió (1) admitir la acción de tutela de la referencia, (2) tener como parte accionada a la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y (3) vincular, en calidad de terceros interesados, al Sindicato de Procuradores Judiciales PROCURAR, a la señora Sandra Lucía Yepes Arroyave, al señor Herman Rincón Cuellar y a quien actualmente desempeñara el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá.

1.4.2. Intervenciones

15. – El Sindicato de Procuradores Judiciales PROCURAR⁵ se opuso a la solicitud de amparo por considerar que (1) la Procuraduría General de la Nación estaba en la obligación de acatar *"el mandato constitucional del mérito como principio fundamental para el ingreso y permanencia en el empleo público"*, (2) la interpretación restrictiva del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en relación a su aplicación exclusiva a las vacantes definitivas, limita, sin justificación constitucional alguna, el mérito como regla general de acceso a los cargos públicos, (3) la vacancia temporal de un cargo de carrera no lo convierte en uno de libre nombramiento y remoción, (4) con ocasión de la Sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional, el cargo de Procurador Judicial pertenece al sistema de carrera de la Procuraduría General de la Nación y, en consecuencia, el ingreso, permanencia, ascenso y retiro de dicho cargo, se funda exclusivamente en el mérito, (5) la facultad que tiene la Procuraduría General de la Nación de suplir las vacantes temporales con nombramientos en provisionalidad, no implica que los mismos puedan hacerse de forma discrecional y en detrimento del sistema de mérito, (6) nombrar en provisionalidad a un elegible o en encargo a un funcionario inscrito en carrera, no vulnera los derechos del titular del cargo vacante,

⁵ Folios 37 a 41.

dada la naturaleza del nombramiento sujeto a temporalidad, (7) los argumentos de la solicitud de amparo no fueron puestos en debate durante el trámite ordinario de nulidad electoral, y (8) la entidad accionante no argumentó por qué el precedente de la Sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre el deber de motivar los nombramientos en provisionalidad, no le es aplicable.

16. – La **Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca**⁶, por conducto del magistrado ponente de la sentencia del proceso de nulidad electoral No. 2018-00096-00, solicitó que se negara el amparo de tutela, pues la decisión del Tribunal se sustentó en las normas vigentes y la jurisprudencia aplicables al caso. En ese sentido, señaló que (se transcribe, corchetes fuera del texto) *"en aras de garantizar el principio del mérito [...] el nominador para proveer la vacante suscitada primordialmente [debía] utilizar la lista de elegibles para el empleo materia de discusión, [...] soportado esto por lo establecido por la Corte Constitucional, en la sentencia C-942 de 2003"*. Agregó, que la administración estaba en el deber de justificar las razones por las cuales recurrió a la excepción (nombramiento en provisionalidad) para proveer un cargo perteneciente al sistema de carrera.

17. – El señor **Herman Rincón Cuéllar**⁷ deprecó que se conceda el amparo de tutela, por considerar que la decisión de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desconoció no solo la normas de carrera propias de la Procuraduría general de la Nación, sino también los conceptos que sobre la materia ha emitido el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP). Sobre el particular manifestó que (1) el literal C del artículo 82 del Decreto Ley 262 de 2000 y el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, (a) son teleológicamente idénticos, y (b) de ellos no podría interpretarse que las vacantes

⁶ Folios 51 a 57.

⁷ Folios 74 a 77.

temporales sean ocupadas con elegibles, pues ello podría generar falsas expectativas de estabilidad laboral en el elegible nombrado en provisionalidad, y (2) mediante Concepto 168941 de 11 de agosto de 2016, el DAFP dispuso que (se transcribe) *"los nombramientos provisionales se constituyen en un mecanismo de carácter excepcional y transitorio que permite proveer temporalmente un empleo de carrera administrativa con personal que no fue seleccionado mediante el sistema de mérito"*.

18. – La **Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa**⁸, en calidad de agente especial del ministerio público⁹, solicitó fueran acogidas las súplicas de amparo, en tanto (1) se cumplió con la totalidad de requisitos previstos jurisprudencialmente para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, y (2) se configuró el defecto alegado porque (se transcribe, corchetes fuera del texto):

"[...] pues no se encuentra fundamento judicial que la provisión de un empleo de carrera administrativa, en situación de vacancia temporal, se efectuó con el agotamiento de una lista de elegibles, no solo porque así no está previsto en el régimen normativo especial aplicable a la entidad, sino porque, además se trataría de un nombramiento precario, que no está llamado a generar derechos de carrera para el nombrado – en la medida en que, como se explica, el cargo ya está provisto en carrera –, generando por el contrario, posibles falsas expectativas y eventuales perjuicios por cuanto bien pudiese acontecer que el nombrado de una lista de elegible, en un empleo en vacancia temporal, estuviere vinculado en otro empleo de carrera."

1.4.3. Solicitudes de coadyuvancia

19. – El **Colegio Nacional de Procuradores Judiciales**¹⁰ presentó solicitud de coadyuvancia orientada a la defensa de la sentencia judicial enjuiciada. Aunado a ello, solicitó la vinculación de (se transcribe) *"todas las partes interesadas en los resultados de este trámite, esto es, las mismas que fueron vinculadas al proceso de nulidad electoral radicado bajo el número*

⁸ Folios 84 a 90.

⁹ Designada así por el Procurador General de la Nación el 18 de marzo de 2019. Folio 91.

¹⁰ Folio 48.

25-000-31-42-000-2018-00096-00" esto es a la comunidad en general, mediante la adición del auto admisorio de la demanda.

20. – El señor **Fernando Arias García**¹¹ solicitó ser reconocido como coadyuvante de la parte accionada y, en consecuencia, que se niegue la solicitud de amparo de la referencia, ya que (1) la Procuraduría General de la Nación pretendió desconocer los derechos emanados de la lista de elegible para el cargo de Procurador Judicial para realizar nombramientos discrecionales en las plazas vacantes, y (2) si era posible usar las listas de elegibles para proveer cargos distintos de los convocados inicialmente en el concurso, con más razón podían usarse para proveer el propio cargo que se convoca y que por una situación administrativa se encuentra vacante de forma temporal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Contenido: 2.1. Competencia. 2.2. Cuestión preliminar. 2.3. Problema jurídico. 2.4. Verificación de requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial. 2.5. Verificación de causales específicas de la acción de tutela contra providencia judicial. 2.6. Conclusiones.

2.1. Competencia

21. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000, 1069 de 2015 y 1983 de 2017 y el Acuerdo 377 de 2018 de esta Corporación, la Sala es competente para resolver el presente asunto.

¹¹ Folio 66.

2.2. Cuestión preliminar: de la solicitud de vinculación de la comunidad en el presente trámite de tutela

22. Si bien es cierto, uno de los coadyuvantes de la parte accionada en la presente solicitud de amparo solicitó la vinculación de la comunidad al proceso de tutela, comoquiera en que el proceso ordinario de nulidad electoral así se hizo, dicha petición resulta improcedente por las razones que se esgrimen a continuación:

23. De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, así como los artículos 1, 2 y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela está consagrada para la protección de derechos fundamentales con una connotación particular (que puede ser singular o plural). Es decir, contiene una lógica sustancialmente diferente a la del medio de control de nulidad electoral que entraña, en sí misma, una protección de derechos desde una órbita colectiva, en el cual, por expreso mandato legal, debe llamarse a la comunidad, dada la naturaleza de los intereses en juego.

24. Asimismo, sobre las personas contra quienes se dirige la acción de tutela e intervinientes, el artículo 13 del mencionado decreto, dispone:

"La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud."

25. Aunado a lo anterior, de conformidad con el numeral 2 del artículo 48 de la Ley 270 de 1996, establece que "[l]as decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes", es decir, dado que los efectos de las

decisiones de tutela son *inter-partes*, la comunidad no se vería afectada con aquella, por lo que no resulta procedente su vinculación.

2.3. Problema Jurídico

26. Corresponde a esta Sala determinar si existió o no, vulneración al derecho fundamental al debido proceso con ocasión a la Sentencia de 2 de noviembre de 2018, por medio del cual la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la nulidad de un nombramiento en provisionalidad para el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá.

27. Para tal fin, deberá determinarse si están configurados o no los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

28. En el evento en el que la respuesta a este interrogante sea afirmativa, deberá establecerse si se estructuró el defecto procedimental absoluto por exceso de ritual manifiesto en la providencia enjuiciada.

2.4. Verificación de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutelas contra providencia judicial¹²

29. En el *sub judice*, se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela¹³:

30. La providencia que ahora se cuestiona fue proferida dentro de un proceso, de única instancia, de nulidad electoral, respecto de la cual no existe recurso, ordinario o extraordinario, que permita a la parte

¹² Al respecto: Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005; Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de 5 de agosto de 2014, Exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01

¹³ El siguiente análisis se hace de conformidad con el orden establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-066 de 2019.

accionante alegar en sede ordinaria los argumentos planteados en la acción de tutela; ello validó el cumplimiento del requisito de la subsidiariedad.

31. El principio de la inmediatez se cumplió, toda vez que la Sentencia de la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fue proferida el 2 de noviembre de 2018 y ejecutoriada el día 14 del mismo mes y año, y la acción de tutela fue radicada el 15 de febrero de 2019, esto es, dentro del plazo razonable de los 6 meses¹⁴.

32. La acción no se dirigió contra una Sentencia de tutela.

33. Se identificaron de manera razonable los hechos que generaron la vulneración de sus derechos.

34. La controversia bajo examen es de relevancia constitucional porque la discusión se circunscribe a la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de una providencia judicial proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, respecto de la cual se alega la configuración de un defecto sustantivo por la indebida interpretación y aplicación de las normas sobre la administración de personal de la Procuraduría General de la Nación.

35. En consecuencia, evidenciado que la acción de tutela satisface los requisitos generales, la Sala procede a comprobar si en la Sentencia de 2 de noviembre de 2018, adoptada dentro del proceso de nulidad electoral No. 2018-00096-00, se configuró un defecto sustantivo.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 5 de agosto de 2014, Exp. 11001-03-15-000-2012-02201-01 y Corte Constitucional, Sentencias T-001 de 1992, T-328 de 2010, T-217 de 2013, T-505 de 2013 T-031 de 2016.

2.5. Verificación de las causales específicas de la acción de tutela contra providencia judicial¹⁵

2.5.1. Defecto material o sustantivo¹⁶ y su marco específico

36. En el caso concreto, la entidad accionante alegó la configuración del defecto sustantivo por la indebida interpretación y aplicación del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, sobre la utilización de las listas de elegibles para proveer vacantes temporales de cargos de carrera de la Procuraduría General de la Nación a través de nombramientos en provisionalidad.

37. Para contextualizar dicha norma, es necesario señalar que el artículo 125 de la Constitución Política¹⁷, entre otros, (1) consagró que (a) los empleos públicos, por regla general, pertenecen al sistema de carrera, y (b) el sistema de nombramiento de los servidores públicos, que no esté determinado por la Constitución o la ley, se hará por concurso. Asimismo, esta norma (2) estableció que el ingreso y ascenso en el sistema de carrera

¹⁵ Supra, pie de página 10.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 2005. "Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.". Sobre el mismo tema: Corte Constitucional. Sentencia SU-448 de 2011 (consideraciones 5.1., y 5.2.).

¹⁷ Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

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

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

Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quiénes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual fue elegido.

está determinado por el mérito y las calidades de los aspirantes. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-673 de 2015¹⁸, sostuvo (se transcribe):

"En síntesis, según ha interpretado y reiterado de forma sistemática esta Corporación, la carrera administrativa es un eje definitorio del ordenamiento constitucional porque provee el método que mejor protege los principios del mérito, la transparencia, la eficacia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos del Estado. Por esa razón, el sistema de carrera tiene un carácter general y preferente para la provisión de los servidores estatales, en tanto garantiza la selección objetiva del personal más idóneo y calificado para brindar eficacia y eficiencia a la administración pública."

38. Aunado a ello, la Constitución Política al tenor de los artículos 278 y 279, dispuso que (1) el Procurador General de la Nación ejerce, de forma directa, la función de (se transcribe) *"nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia"*¹⁹, y (2) la ley determinará la estructura y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, así como (se transcribe) *"[...] lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo"*, respectivamente.

39. Ahora bien, fue en virtud del último mandato constitucional, y en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República mediante la Ley 573 de 2000, que se expidió el Decreto Ley 262 de 2000, (se transcribe) *"por el cual se [modificó] la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se [modificó] el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación,*

¹⁸ En esta providencia se estudió la constitucionalidad del artículo 5 (parcial) de la Ley 909 de 2004, sobre la clasificación de los empleos.

¹⁹ Constitución Política. Artículo 278. Numeral 6.

el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se [regularon] las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos"²⁰.

40. De dicho cuerpo normativo, es preciso resaltar que:

41. – El artículo 81²¹ señaló que el ingreso al servicio de la Procuraduría General de la Nación se procede con ocasión a un nombramiento expedido por el Procurador y la respectiva posesión del aspirante.

42. – El artículo 82²² dispuso que, entre las clases de nombramientos que pueden hacerse para el ingreso al servicio de la Procuraduría General de la Nación, está el nombramiento provisional, el cual fue previsto para proveer (1) vacantes definitivas de cargos de carrera, mientras se realiza el respectivo concurso, y (2) vacantes temporales de cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción, mientras dure la situación administrativa que separó temporalmente al titular del cargo. De igual manera, esta norma señaló que *"nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos"*.

²⁰ Corchetes fuera del texto original

²¹ Artículo 81. Ingreso a la Procuraduría General de la Nación. El ingreso al servicio en la Procuraduría General de la Nación se efectúa por medio de decreto de nombramiento expedido por el Procurador General y la respectiva posesión. [...]

²² Artículo 82. Clases de nombramiento. En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos: [...] c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.

Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

Parágrafo. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos.

43. – Los artículos 92²³ y 105²⁴ establecieron que la comisión especial es una situación administrativa laboral, que tiene por objeto, entre otros, que un empleado de la Procuraduría General de la Nación desempeñe cargos, en cualquier entidad del Estado por un término no mayor a 2 años.

44. – El artículo 182, en concordancia con la Sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional, indicó que el empleo de Procurador Judicial está clasificado como un cargo de carrera²⁵.

45. – El artículo 183 definió el sistema de carrera de la Procuraduría General de la Nación como *"un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la entidad y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma"*. Asimismo, dispuso que *"para alcanzar estos objetivos, el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de*

²³ Artículo 92. Clases de situaciones administrativas laborales. Los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación pueden encontrarse en una de las siguientes situaciones administrativas laborales: 1. Servicio activo: [...] 1.5. En comisión especial [...]

²⁴ Artículo 105. Comisión especial. Tiene por objeto cumplir actividades de asesoría al Estado, Estados Extranjeros, u Organismos Internacionales, desempeñar cargos en cualquier entidad del Estado, o asistir, en calidad de conferencista, a seminarios, foros o cualquier evento académico nacional o internacional por un término no mayor de dos (2) años.

La remuneración para desempeñar empleos en cualquier entidad del Estado, podrá ser asumida por la Procuraduría.

La comisión especial podrá dar lugar al pago de viáticos y gastos de viaje, será conferida por el Procurador General y se sujetará a los procedimientos que para el efecto se contemplen en la regulación interna.

²⁵ Artículo 182. Clasificación de los empleos. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:

1) De carrera

2) De libre nombramiento y remoción.

Los empleos de la Procuraduría General de la Nación son de carrera, con excepción de los de libre nombramiento y remoción.

Los empleos de libre nombramiento y remoción son: Viceprocurador General, Secretario General, Tesorero, Procurador Auxiliar, Director, Jefe de la División Administrativa y Financiera del Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procurador Delegado, Asesor del Despacho del Procurador, Asesor del Despacho del Viceprocurador, Veedor, Secretario Privado, Procurador Regional, Procurador Distrital, Procurador Provincial, Jefe de Oficina, Jefe de la División de Seguridad, Agentes adscritos a la División de Seguridad y demás servidores cuyas funciones consistan en la protección y seguridad personales de los servidores públicos, cualquiera sea la denominación del empleo.

3) De período fijo: Procurador General de la Nación.

carrera de la Procuraduría se hará exclusivamente con base en el mérito, sin que las consideraciones de raza, religión, sexo, filiación política u otro carácter puedan influir sobre el proceso de selección".

46. – Los artículos 186²⁶ y 187²⁷ señalaron que (1) el nombramiento será en provisionalidad cuando se trate de proveer un cargo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, y (2) la provisión de vacantes temporales de cargos de carrera se hace mediante encargo o nombramiento provisional, por el tiempo que dure la situación administrativa que implicó la separación temporal del titular del cargo, reactivamente.

47. – El artículo 216, sobre las listas de elegibles producto del concurso de méritos dentro del proceso de selección de personal, entre otros, estableció que el *"nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía"*.

48. En relación con el nombramiento en provisionalidad dentro del sistema de carrera de la Procuraduría General de la Nación, debe indicarse que a través de la Sentencia C-077 de 2004, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del mencionado decreto²⁸, ya que -concluyó la Corte- los

²⁶ Artículo 186. Nombramiento provisional. El nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata. [...]

²⁷ Artículo 187. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones. [...]

²⁸ Frente a una nueva demanda de los artículos enunciados, la Corte Constitucional, en Sentencia C-785 de 2005, resolvió "ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C-077 de 2004, que declaró la exequibilidad del literal c) del artículo 82 y de los artículos 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000".

nombramientos en provisionalidad, ya sea para cubrir vacantes definitivas (mientras se realiza el respectivo concurso) o temporales (por el tiempo que dure la situación administrativa que separó temporalmente del cargo al titular) [1] están autorizadas por ley, [2] encuentran límites temporales en la misma, [3] responden a los principios constitucionales de la función administrativa para garantizar la prestación continua del servicio público y el cumplimiento de los fines del Estado. Al respecto, esa Corporación indicó:

"5. Como se indicó, la regla general¹ en los empleos en los órganos y entidades del Estado es que son de carrera, por mandato del Art. 125 superior, con las excepciones contempladas en la misma disposición, la cual faculta al legislador para que fije la forma de provisión de aquellos y los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

[...]

"La realización del concurso público de méritos para proveer un empleo vacante definitivamente requiere un tiempo mínimo, en el cual puedan desarrollarse las etapas de convocatoria, pruebas de selección y conformación de la lista de elegibles.

Por otra parte, la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el Art. 2º ibídem.

Por estas razones, con un criterio racional y práctico se impone como una necesidad la provisión del cargo en forma temporal o transitoria, mientras se puede hacer la provisión definitiva, lo cual se logra mediante las instituciones del nombramiento provisional de cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño o mediante el encargo a empleados de carrera.

[...]

Con el fin de evitar que el nombramiento provisional pierda su atributo de temporalidad y se convierta en permanente, dejando de ser tal, y que vulnere el mandato constitucional sobre aplicación de la carrera en los cargos del Estado, lo mismo que el derecho de acceso de todas las personas a ellos en igualdad de condiciones, el legislador debe establecer límites y condiciones para su utilización.

[...]

Se observa que en esta forma el nombramiento en provisionalidad para proveer una vacante definitiva en un cargo público de carrera no atenta contra la integridad y la regularidad del concurso público de méritos y, por el contrario, permite su realización y por tanto el logro de sus fines y protege el derecho de todas las personas de acceder al desempeño de funciones y

cargos públicos, con base en los méritos y calidades y en igualdad de condiciones, conforme a lo previsto en los Arts. 13, 40 y 125 superiores.

Por otra parte, cuando la vacante en el cargo público de carrera no es definitiva, sino temporal, el mismo debe ser provisto también en forma transitoria, por la misma razón anotada de la necesidad de continuidad en la prestación de la función pública, por el tiempo que dure la situación administrativa correspondiente, mediante encargo o mediante nombramiento provisional, de acuerdo con las mismas normas legales."

49. En resumen, se tiene entonces que (1) la comisión especial es una situación administrativa laboral que implica la separación temporal del cargo del que se es titular, (2) dentro de las reglas de carrera de la Procuraduría General de la Nación está permitido hacer nombramientos en provisionalidad para suplir vacantes temporales de cargos de carrera, por el tiempo que dure la respectiva situación administrativa, (3) para el ingreso al sistema de carrera de la entidad en comento, el nominador deberá hacer uso de las listas de elegibles, y (4) el legislador extraordinario no estableció reglas expresas sobre la forma en que deben hacerse los nombramientos en provisionalidad en cargos, pertenecientes al sistema especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, vacantes temporalmente.

50. Bajo este contexto, debe agregarse que el legislador ordinario, en la Ley 909 de 2004²⁹, consagró expresamente que:

51. - Las normas de aquella ley "se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales", entre ellas, la de la Procuraduría General de la Nación (numeral 2, artículo 3).

52. - Los principios que orientan la función pública son (artículo 2):

²⁹ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones

"1. La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad."

2. El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

3. Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos:

- a) La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;
 - b) La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;
 - c) La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;
 - d) Capacitación para aumentar los niveles de eficacia".
- Negrilla fuera del texto

53. – Los empleos de carrera vacantes temporalmente con ocasión a la una situación administrativa de su titular serán provistos de forma provisional, por el tiempo que dure aquella situación administrativa, cuando no fuere posible hacer un encargo con los servidores de carrera (artículo 25).

54. Es decir, (1) el principio constitucional de mérito tiene una connotación especialísima para el manejo de los sistemas de carrera, (2) la Ley 909 de 2004 autoriza los nombramientos en provisionalidad para proveer las vacantes de cargos de carrera con vacancia temporal, pero aparte de señalar que ese tipo de nombramientos tienen una naturaleza residual, no se indica regla adicional sobre la forma en que deben hacerse, y (3) las normas de la Ley 909 de 2004 tiene carácter supletivo para los sistemas especiales de carrera administrativa, (2), y (3).

55. Aunado a lo anterior, es necesario manifestar que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

56. – Los sistemas especiales y específicos de carrera están guiados por los principios básicos que orientan la carrera administrativa, que se encuentran en la ley general sobre la materia³⁰.

57. – La administración tiene el deber de motivar los actos de nombramiento en provisionalidad, al tener estos una naturaleza excepcional de cara a las reglas constitucionales sobre ingreso al servicio público (el sistema de carrera administrativa para la función pública).

58. Sobre este último punto, la Corte, en Sentencia C-753 de 2008, señaló que:

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-563 de 2000: "No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o "sistemas específicos" como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia". En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia C-1230 de 2005: "Amparada en los criterios que delimitan la competencia legislativa para crear los sistemas específicos de carrera, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que dichos sistemas, aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese sólo hecho como regímenes autónomos e independientes. Al respecto, ha precisado la Corporación que los sistemas específicos son en realidad una derivación del régimen general de carrera en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose en esos casos la expedición de una regulación complementaria más flexible, que permita armonizar y hacer compatible el sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades". Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 2008: "Ahora bien, específicamente en lo tocante a las carreras especiales ha dicho la Corte que éstas carreras son especiales en cuanto responden a la naturaleza de las entidades a las cuales se aplica, contienen regulaciones específicas para el desarrollo de la carrera y se encuentran en disposiciones diferentes a las que regulan el régimen general de carrera. Ha establecido también la Corte que estos regímenes especiales deben responder a un criterio de "razón suficiente" y que su constitucionalidad se encuentra condicionada a que respeten los principios y valores constitucionales que informan la carrera de la función pública, cuyo centro normativo es el concepto de 'mérito'".

"Así mismo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a los vías de excepción para proveer cargos de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso" ³¹

2.5.2. Pruebas.

59. – Decreto No. 3796 de 8 de agosto de 2016, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación nombró en periodo de prueba a la señora Sandra Lucía Yepes Arroyave en el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá³².

60. – Acta No. 1499 de 3 de octubre de 2016, por medio de la cual la señora Sandra Lucía Yepes Arroyave se posesionó en el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá³³.

61. – Resolución No. 564 de 27 de octubre de 2017, a través de la cual se concedió a la señora Sandra Lucía Yepes Arroyave una comisión especial para desempeñarse en provisionalidad como magistrada auxiliar de la Comisión de Apoyo Investigativo de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia³⁴.

³¹ En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 2005: "De igual manera, en sede de tutela, la Corte ha amparado los derechos fundamentales de los funcionarios nombrados en provisionalidad, en el sentido de que el acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado, por cuanto pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción"

³² Folios 84 y 85 del cuaderno principal del expediente en préstamo.

³³ Folio 372 del cuaderno principal del expediente en préstamo.

³⁴ Folios 89, 373 y 374 del cuaderno principal del expediente en préstamo.

62. – Decreto No. 5715 de 30 de octubre de 2017, por medio de la cual la Procuraduría General de la Nación nombró en provisionalidad por 6 meses al señor Herman Rincón Cuéllar en el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá³⁵. Dicho acto administrativo consagró expresamente (se transcribe):

"DECRETO No. 5715 de 2017
(30 OCT. 2017)
Por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN
En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales,

DECRETA:

ARTÍCULO ÚNICO.- Nómbrase en provisionalidad, hasta por seis (6) meses, a HERMAN RINCÓN CUELLAR, quien se identifica con la cédula ciudadanía [XXX], en el cargo de Procurador 100 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC, en el cargo de SANDRA LUCÍA YEPES, quien se encuentra en comisión especial.

COMUNIQUESE Y CÚMPLASE
[...]"

63. – Acta No. 1058 de 10 de noviembre de 2017, por medio de la cual el señor Herman Rincón Cuéllar se posesionó en el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá³⁶.

2.5.3. Caso concreto

64. En su escrito de tutela, la Procuraduría General de la Nación señaló que en la Sentencia de 2 de noviembre de 2018, proferida por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso, de única instancia, de nulidad electoral No. 2018-00096-00, presuntamente se configuró un defecto sustantivo por (1) la indebida interpretación del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, (2) el desconocimiento del artículo 82 ibídem (hermenéutica no sistémica de la norma), y (3) la aplicación inadecuada

³⁵ Folio 161 del cuaderno principal del expediente en préstamo.

³⁶ Folio 291 del cuaderno principal del expediente en préstamo.

116
709

del precedente de la Sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional, proferida en el marco de una carrera administrativa diferente a la de la entidad accionante.

65. En el caso bajo estudio, la Sala considera que no está configurado el **defecto sustantivo** alegado, por las razones que se presentan a continuación:

66. Al respecto, sea lo primero indicar que, en la Sentencia enjuiciada por vía de tutela, la Subsección Bª de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestó que el Decreto 5715 de 30 de octubre de 2017, mediante el cual se nombró en provisionalidad al señor Herman Rincón Cuéllar, estaba viciado de nulidad porque (a) *"se debe preferir nombrar provisionalmente en el empleo de carrera a un servidor que se encuentre en turno en la lista de elegibles [...], por la razón de que, la persona de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo las garantías de ser favorecido con los nombramientos en provisionalidad, como un manera de estimular la estabilidad del servidor en la Administración, y no que se provea dicha vacante temporal con quien no esté en carrera, como ocurrió en este caso, que se designó al señor Herman Rincón Cuéllar, quien no se encuentra registrado en la lista de elegibles para el cargo materia de discusión, no pertenece a la carrera administrativa"*, y (b) el acto de nombramiento en provisionalidad no cumplió con la carga de motivación de este tipo de actos administrativos, pues se emitió *"sin sustento jurídico ni factico [como] tampoco acreditó que el señor Herman Rincón Cuéllar cumpliera los requisitos legales para el desempeño del empleo a proveer"*.

67. En lo que respecta a los reproches sobre la indebida interpretación del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 y el desconocimiento del artículo 82 ibídem, si bien es cierto que, ante la comisión especial concedida a la señora Sandra Lucía Yepes Arroyave, la Procuraduría

General de la Nación debía de proveer el cargo de Procurador 100 Judicial 2 Penal de Bogotá, mediante un nombramiento en provisionalidad, las normas por las que se rige el sistema especial de carrera de la entidad (Decreto Ley 262 de 2000), ni las normas generales de orden supletivo (Ley 909 de 2004), consagran reglas sobre la forma de realizar el mencionado nombramiento.

68. En ese sentido, es pertinente señalar que, la interpretación dada por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca a las normas sobre los nombramientos en provisionalidad dentro del sistema especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, no es indebida, irracional, contraria a la ley, regresiva o aislada, por el contrario, la misma se acompasa con la realidad constitucional, según la cual el mérito es el pilar estructurador de los principios y reglas que orientan la administración de personal a través del sistema de carrera administrativa, pues en últimas, la lista de elegibles fue el producto del desarrollo de un concurso para seleccionar de manera objetiva a las personas, que además de reunir los requisitos legales y constitucionales para desempeñar el cargo, superaron de forma meritoria cada etapa de dicho proceso.

69. Asimismo, debe manifestarse que el uso de la lista de elegibles para proveer en provisionalidad las vacantes temporales de un cargo de carrera que hizo parte de la convocatoria del concurso, no afecta de forma alguna los derechos de (1) el o la titular del cargo que accedió al mismo a través de concurso, pues, en el caso concreto, sus derechos de carrera están intactos al estar en una situación administrativa laboral que la separó temporalmente del cargo, ni (2) del elegible en turno que se designare en provisionalidad, pues dada la naturaleza de su nombramiento, así como la temporalidad del mismo, (a) no adquiere derechos de carrera por el mero nombramiento en esas condiciones, (b) no se trata de un nombramiento en periodo de prueba que implique con

posterioridad la inscripción de aquel en carrera; ni (c) hace que pierda su turno dentro de la lista de elegibles a la que pertenece.

70. Sobre el particular, debe indicarse que la Corte Constitucional ha señalado que no compartir la interpretación normativa desarrollada por un juez para resolver un caso concreto, por sí mismo, no configura un defecto sustantivo³⁷:

"En ese sentido, se tiene que no cualquier divergencia frente al criterio interpretativo en una decisión judicial configura un defecto sustantivo, sólo aquellas que resultan irrazonables,³⁸ desproporcionadas, arbitrarias y caprichosas, de lo contrario, no sería procedente la acción de tutela³⁹. Debe por tanto, tratarse de una irregularidad de tal entidad que haya llevado a proferir una decisión que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos fundamentales³⁹. De esta manera, se ha señalado que pueden existir vías jurídicas distintas para resolver un caso concreto, admisibles en la medida que sean compatibles con las garantías y derechos fundamentales de los sujetos procesales⁴⁰."

71. Ahora bien, en lo que respecta al tercer reproche, relativo a la aplicación inadecuada del precedente de la Sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional, los argumentos de la entidad accionante no son de recibo, ya que dada la naturaleza excepcional que tiene el nombramiento en provisionalidad de cara a la regla general, de orden constitucional, de proveer cargos a través de concurso, la administración tiene el imperioso deber de motivar la decisión de acudir a aquella clase de nombramientos, pues solo así podrá justificar en debida forma el desconocimiento del principio de mérito.

72. En ese sentido, al margen de que la sub regla jurisprudencial en comento haya sido concebida en el marco del estudio de

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-147 de 2017.

³⁸ Sentencias T-118A de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo, fundamento jurídico n° 4.3.1.; y SU-490 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, fundamento jurídico n° 5.4.

³⁹ Sentencias SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, fundamento jurídico n° 8; SU-432 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa, fundamento jurídico n° 89; y SU-427 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, fundamento jurídico n° 5.1.

⁴⁰ Sentencia SU-050 de 2017. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, fundamento jurídico n° 4.4.

constitucionalidad de normas sobre la carrera administrativa del sector defensa, su contenido es de aplicación transversal, pues la misma Corte Constitucional ha sostenido que los principios básicos que orientan la carrera administrativa (entre ellos el de mérito) aplican indistintamente si se trata de un sistema de carrera especial o específico.

2.6. Conclusiones

73. Así las cosas, al no configurarse el defecto sustantivo en los términos alegados por la entidad accionante, en tanto [1] no fue indebida, irracional, contraria a la ley, regresiva o aislada la interpretación de las normas sobre nombramientos en provisionalidad en la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, y [2] el precedente constitucional sobre la motivación de los actos administrativos por medio de los cuales se hagan este tipo de nombramientos es vinculante, indistintamente si se trata de un sistema específico o especial de carrera, la Sala negará el amparo de tutela solicitado.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: RECONOCER al Colegio Nacional de Procuradores Judiciales y al señor Fernando Arias García como coadyuvantes de la parte accionada.

SEGUNDO: NEGAR la solicitud de vincular a la comunidad en general al presente proceso.

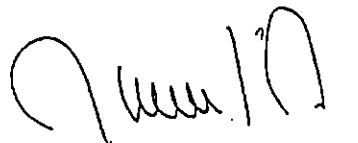
TERCERO: NEGAR el amparo de tutela solicitado por la Procuraduría General de la Nación, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más expedito y eficaz a las partes (Artículo 16 Decreto 2591 de 1991), entregándoles copia íntegra del fallo.

QUINTO: De no ser impugnada esta providencia, por Secretaría, **REMITIR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

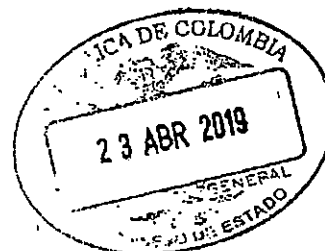
NOTIFÍQUESE, CÓPIESE Y CÚMPLASE

Fallo discutido y aprobado en sesión de Sala de la misma fecha.


RAMIRO PAZOS GUERRERO


MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ


ALBERTO MONTAÑA PLATA





CERTIFICADO DE ANTECEDENTES ([portal/Antecedentes-disciplinarios_pago](#))

PQRSDF (pqrsdf.page)

PROCESOS MISIONALES

RELATORIA (relatoria_2018.page)

Buscar

www.twitter.com/pqn_col) (<https://www.youtube.com/pnncuentaoficial>) (<http://www.instagram.com/procuraduria/>) (<https://correo.procuraduria.gov.co/owa>)

Fuente: PGN

Fecha Publicación: jueves, 4 enero 2018 04:40 PM

Bogotá, 04 de enero de 2018. La Procuraduría General de la Nación exhorta a las entidades públicas a proveer vacantes de manera definitiva a través de procesos de meritocracia, atendiendo las observaciones de la Circular 017 del Ministerio Público.

La Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública invita a atender el llamado del Procurador General de la Nación, Fernando Camillo Flórez, que busca el cumplimiento de la meta prevista por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para que en el año 2020 la provisión de cargos vacantes en un 95% se haga por concurso, en pro de la transparencia, eficiencia y calidad del capital humano a nivel nacional y territorial.

El ente de control recuerda a las entidades públicas que deben trabajar de manera oportuna y efectiva en la planeación y realización de los concursos de méritos junto con la CNSC, y reportar la información de la Oferta Pública de Empleos de Carrera (OPEC) a la misma entidad, constitucionalmente responsable de la administración de la convocatoria.

El Ministerio Público solicita establecer con tiempo suficiente el presupuesto necesario para solventar los costos del proceso, y garantizar el buen desarrollo de los concursos, de acuerdo con los principios de celeridad, economía, eficacia, eficiencia y responsabilidad.

La Procuraduría invita a los servidores públicos a diligenciar y actualizar la hoja de vida en el SIGEP y la declaración de bienes y rentas.

EGT/ambj

..(https://www.addtoany.com/share?url=https%3A%2F%2Fwww.procuraduria.gov.co%2Fportal%2Fmeritocracia-cargos-vacantes_news&title=Procuradur%C3%ADa%20exhorta%20a%20cumplir%20con%20los%20procesos%20de%20meritocracia%20para%20cargos%20vacantes)
..([/facebook](#)) ..([/twitter](#)) ..([/google_plus](#))

Noticias Relacionadas



Procuraduría se opone a que expresidente de Reficar, con atención domiciliaria, siga trabajando para Ecopetrol

Procuraduría o exhorta a cumplir con los procesos de meritocracia para cargos vacantes

Reyes-Reinoso_Procuraduría-se-opone-a-que-siga-trabajando-con-Ecopetrol.news)



"Emergencia de Hidroituango obliga al Estado y a EPM a..."

(emergencia-hidroituango-salidas-epm-estado-viceprocurador.news)



Por emergencia ambiental en Santander, Procuraduría investiga episodio de Ecopetrol y suspende a dos vicepresidentes

(emergencia-santander-investigacion-ecopetrol-presidente-vicepresidentes.news)

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

CENTRO DE ATENCIÓN AL PÚBLICO, CAP

Carrera 5 # 15-80, Bogotá D.C., Colombia

Código Postal: 110321

Horario de Atención:

8 a. m. a 5 p. m., jornada continua

Recepción de correspondencia:

8 a. m. a 4 p. m., jornada continua

PBX: (+57-1) 587 8750 (tel.+571 5878750)

Línea única reducida: 142 (tel.142)

Línea gratuita nacional: 01 8000 940 808 (<http://tel:018000940808>)

Correo: quejas@procuraduria.gov.co (<mailto:quejas@procuraduria.gov.co>)

NOTIFICACIONES JUDICIALES

procesosjudiciales@procuraduria.gov.co (<mailto:procesosjudiciales@procuraduria.gov.co>)

Si realiza envíos a este correo, por favor evite enviar el documento físico. (Art. 197 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo)

AVISO IMPORTANTE: Esta dirección de correo electrónico es DE USO ÚNICO Y EXCLUSIVO PARA LAS NOTIFICACIONES JUDICIALES que se surten en los procesos en que la entidad ostente la calidad de demandante o demandada, en los términos establecidos en los artículos 197, 198 y 199 de la Ley 1437 de 2011. Para efectos de la vinculación o la solicitud de intervención de la Procuraduría General de la Nación como Ministerio Público deberá surtir la notificación a través del correo de las Procuradurías Delegadas dependiendo de la competencia respectiva. Las peticiones, consultas, quejas, reclamos, solicitudes, denuncias o felicitaciones deben realizarse diligenciando el formulario correspondiente, a través de la sede electrónica PORSEF.

SERVICIOS A LA CIUDADANÍA

- Certificado de Antecedentes ([/portal/Antecedentes-disciplinarios.page](http://portal/Antecedentes-disciplinarios.page))
- Quejas y denuncias ([/SedeElectronica/](http://SedeElectronica/))
- Notificaciones por aviso (<https://www.procuraduria.gov.co/portal/notificaciones-por-viso.page>)
- Carrera y concursos ([/portal/Concursos.page](http://portal/Concursos.page))
- Transparencia y acceso a la información (<http://www.procuraduria.gov.co/portal/transparencia.page>)
- Solicitud de información reservada ([/SedeElectronica/#no-back:button](http://SedeElectronica/#no-back:button))

f (<https://www.facebook.com/PNGCOL/>)

t (http://www.twitter.com/pgn_col)

yt (<https://www.youtube.com/pgncuentaoficial>)

ig (<http://www.instagram.com/procuraduria/>)

ow (<https://correo.procuraduria.gov.co/owa>)

CENTRO DE RELEVO

(<http://www.centroderlevo.gov.co>)



113

Dependencia	PROCURADURIA PROVINCIAL BARRANCABERMEJA
IUS	2016-24484
IUCD	2016-83-829429
Disciplinado	ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA- ALCALDE MUNICIPAL BARRANCABERMEJA 2012-2015, JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS- SECRETARIO GENERAL ALCALDIA MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA
Quejoso	ISABEL CRISTINA CASTRO GUARNIZO
Fecha de la queja	07 de Enero de 2016
Fecha de los hechos	POR DETERMINAR
Asunto	P.I. En el nombramiento y posesión de los cargos creados mediante el Decreto 320 de fecha 24 de diciembre de 2015 "Por medio del cual se modifica el decreto 078 de 2008 y se crean veintiún (21) cargos en la planta global del municipio de Barrancabermeja"
Trámite	Pliego de Cargos (Artículos 162 y 163 de la ley 734 de 2.002).

Barrancabermeja,

I. ASUNTO:

De conformidad con la competencia prevista en el literal a) numeral 1º del artículo 76 del Decreto 262 de 2000 y conforme lo dispuesto por el artículo 161 de la Ley 734 de 2002, se decide sobre el mérito de la presente investigación disciplinaria adelantada dentro del expediente radicado bajo el número IUCD- 2016-83-829429, abierta en contra de los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA- ALCALDE MUNICIPAL BARRANCABERMEJA 2012-2015, JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS- SECRETARIO GENERAL ALCALDIA MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA**, de acuerdo al siguiente análisis jurídico.

II. ANTECEDENTES

La Queja.

Al Despacho se encuentra escrito de queja presentada por la Señora **ISABEL CRISTINA CASTRO GUARNIZO**, por medio del cual señala las siguientes presuntas irregularidades:

"Los cargos creados a través del Decreto 320 de fecha 24 de diciembre de 2015 son 17 cargos de naturaleza profesional y 4 de nivel técnico, los que fueron provistos con personal nombrado, notificado y posesionado el día 30 y 31 de diciembre de 2015.

En la provisión de estos cargos se omitieron todos los procedimientos legales y específicamente los contenidos en la Ley 909 de 2004 y sus decretos modificatorios, pues no se realizaron estudios necesarios para determinar existencia del derecho preferencial de los empleados públicos de carrera administrativa, que por disposición legal tienen el



derecho a ser encargados cuando se presenta una vacante temporal o definitiva dentro de la planta de personal y solamente se les dio el encargo a quienes venían conformando el gabinete de gobierno de la saliente administración municipal.

La provisión de los empleados de los cargos creados se realizó de manera discrecional a conveniencia del nominador y el manual de funciones y competencias se modificó no por las necesidades del servicio sino para acomodar los perfiles de las personas que debían ingresar.

Fue así como por decisión del nominador se nombraron y posesionaron personas en calidad de empleados públicos con nombramiento provisional para ocupar las vacantes definitivas de esos cargos creados, desconociendo que la provisión de los empleos con nombramiento provisional solamente se puede realizar cuando en la planta de personal no se cuente con funcionarios que tengan los requisitos del cargo y las condiciones exigidas por la ley para otorgarles el derecho preferencial a ser nombrados en encargo, tal como lo dispone el artículo 24 de la ley 909 de 2004..."

III. HECHOS FUNDAMENTO DE LA INVESTIGACION:

• Indagación Preliminar:

Con fundamento en la información reseñada, esta Provincial por auto del 17 de febrero de 2016, dispuso adelantar Indagación Preliminar, en contra del señor **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, Identificado con CC. 91.426.010, quien para la fecha de los hechos, se desempeñó como Alcalde Municipal de Barrancabermeja Santander y contra el Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, Identificado con la CC. 91.286.445, quien para la fecha de los hechos se desempeñó como Secretario General Alcaldía de Barrancabermeja; por presuntas irregularidades presentadas en el nombramiento y posesión de los cargos creados mediante el Decreto 320 de fecha 24 de diciembre de 2015 "Por medio del cual se modifica el Decreto 078 de 2008 y se crean veintiún (21) cargos en la planta global del municipio de Barrancabermeja". (Ver folios 26 al 28 Cuaderno Original)

En dicha etapa procesal se allegó el siguiente material probatorio:

1. Copia de la Resolución No. 002 de fecha 21 de febrero de 2016; por medio de la cual la Comisión de Personal del Municipio de Barrancabermeja, resuelve unas reclamaciones de los empleados públicos de carrera administrativa vinculados laboralmente con el municipio de Barrancabermeja, y donde declara probados los hechos materia de reclamación y por ende la violación del derecho preferencial del personal de carrera administrativa que desempeñando el cargo inmediatamente inferior al empleo creado mediante Decreto 320 de 2016 cumplían con los requisitos de la ley 909 de 2004 para ser encargados, tal como se definió en el Acta 004 de febrero 16 de 2016, elaborada por la comisión de personal, la cual hace parte de la Resolución No. 002. (ver folios 44 al 47 cuaderno original).
2. Copia de oficio No. 840 de fecha 14 de enero de 2016, por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil, como máximo organismo en la



MA

administración, vigilancia y control de los sistemas de carrera administrativa, con fundamento en la queja presentada por la señora Isabel Cristina Castro Guarnizo requiere al Jefe de Personal de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja para que allegue toda la información requerida en dicho oficio, relacionada con la presunta violación a las normas de carrera administrativa en materia de provisión de empleos de carrera en el municipio creados mediante Decreto 320 de 24 de diciembre de 2015, el cual modificó la planta de personal de la entidad. (ver folio 39 al 43 cuaderno original).

3. Oficio de fecha 05 de abril de 2016, por medio del cual la Secretaría General de la alcaldía Municipal de Barrancabermeja, contesta parte del requerimiento de la Procuraduría y donde además se señala que :

"2. Respecto del trámite surtido por la Administración Municipal para proveer los cargos creados a finales del 2015, se presenta una situación especial por cuanto los mismos fueron provistos con personal de la planta que venía desempeñando en comisión cargos de libre nombramiento y remoción es decir conformaban el gabinete de gobierno y mediante nombramiento en encargo de personal que estaba desempeñando otro encargo en el nivel profesional e igualmente por personal externo con nombramiento provisional. (ver folios 53 al 59 cuaderno original).

"...Vale la pena hacer claridad respecto de que los 21 cargos que ampliaron la planta global de la entidad el 24 de diciembre de 2015 y que fueron provistos con personal de la planta con nombramiento en encargo y con personal externo los días 30 y 31 de diciembre de 2015., por parte del entonces alcalde Municipal DR. ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA y su Secretario General, el Dr. JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS....."

4. Copia del Decreto 320 de 2015.
5. Versión libre rendida por JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS, quien para la época de los hechos se desempeñó como Secretario General de la Alcaldía de Barrancabermeja, Pág. (51 C.O) y quien al respecto de los hechos materia de investigación, señaló que "... se realizó un estudio así como la evaluación de los perfiles que exige la ley 909, sin embargo si existieren empleados de carrera administrativa que consideraran cumplir con tales perfiles para los encargos la ley establecen que podrán hacer la respectiva solicitud para que sean revisados nuevamente los perfiles y las hojas de vida y si es el caso realizar las correcciones pertinentes,"
6. Oficio de la Comisión Nacional del Servicio Civil de fecha 14 de enero de 2016 , donde con fundamento en la queja presentada por Isabel Cristina Castro Guarnizo, y en las facultades otorgadas en los artículos 125 y 130 de la Constitución Política, solicita en el término de cinco días hábiles se pronuncie sobre los hechos puesto a consideración de la Comisión por presunta violación a las normas de carrera administrativa en materia de provisión de empleos, específicamente la desatención al derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera del municipio de Barrancabermeja con ocasión a la provisión de los cargos creados por medio de Decreto 320 de 24 de diciembre de 2015, el cual modificó la planta de personal de la entidad , y para que remitiera toda la documentación soporte de dicha modificación y soporte de estudios y demás relacionados con el nombramiento de las personas en las que recayó el nombramiento. (folios 39-43)



- **Apertura de Investigación**

Con fundamento en la información reseñada, esta Provincial por auto del 11 de Julio de 2017, dispuso adelantar Apertura de Investigación Disciplinaria, en contra de los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, Identificado con CC. 91.426.010, quien para la fecha de los hechos, se desempeñó como Alcalde Municipal de Barrancabermeja Santander y contra el Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, Identificado con la CC. 91.286.445, quien para la fecha de los hechos se desempeñó como Secretario General de la Alcaldía de Barrancabermeja por presuntas irregularidades presentadas en el nombramiento y posesión de los cargos creados mediante el Decreto 320 de fecha 24 de diciembre de 2015 "Por medio del cual se modifica el Decreto 078 de 2008 y se crean veintiún (21) cargos en la planta global del municipio de Barrancabermeja" (Ver folios 67 al 70 cuaderno original).

En dicha etapa procesal se recolecto el siguiente material probatorio:

1. Con oficio No. 3414 de fecha 18 de agosto de 2017, el Señor Presidente de la Comisión de Personal de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, atiende a nuestro requerimiento allegando lo siguiente: (ver folios 113 al 140 cuaderno original).
 - o Copia de la Resolución No. 002 de fecha 21 de febrero de 2016, por medio de la cual se resuelven unas reclamaciones de los empleados públicos de carrera administrativa vinculados laboralmente con el municipio de Barrancabermeja y de donde como ya se dijo la comisión de personal declaró probados los hechos materia de reclamación y por ende la violación al derecho preferencial del personal de carrera administrativa que desempeñando el cargo inmediatamente inferior al empleo creado mediante Decreto 320 de 2016 cumplían con los requisitos de la ley 909 de 2004, para ser encargados, y donde señala:
" Que mediante acta No. 004 de febrero 16 de 2016, la cual hace parte integral del presente acto administrativo la Comisión de Personal plasma la decisión de la mayoría absoluta luego de observar que el nominador al momento de proveer los empleos creados y regulados con los decretos 320 y 321 de 2015, respectivamente, incurrió en irregularidades que vulneraron los derechos de los empleados de carrera administrativa, por lo que se decidió desde esta instancia, requerir mediante acto administrativo al empleador para que a través de la derogatoria u otra forma jurídica pertinente y procedente, deje sin efectos los actos administrativos lesivos que ordenaron los encargos del personal sin cumplimiento de los requisitos legales e igualmente los actos administrativos de nombramiento de los provisionales en todos los casos en que existan funcionarios con derecho preferencial a desempeñarlos y como efecto proceda a realizar el procedimiento legalmente establecido para proveer dichos cargos"
 - o Copia del Acta No. 004 de fecha 16 de febrero de 2016, reunión de Comisión de Personal, de donde cabe resaltar también lo siguiente como argumento de la misma comisión al citar el concepto de la Comisión Nacional del Servicio Civil, Oficio 9774 del día 06 de marzo de 2012 en consulta con radicado 03-32-2012-5705, en la que textualmente dice :*" de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, reiterado en la circular 09 de 2011, para el otorgamiento del encargo,*

se deberá tener en cuenta la última evaluación del desempeño, entendiendo por esta la practicada en el último periodo ordinario de evaluación. De manera que si el empleado se encuentra ejerciendo un empleo de libre nombramiento y remoción durante la última vigencia de evaluación del desempeño o más, seguramente no contará con la calificación requerida en la norma para acceder al derecho preferencial". De otro lado la misma Comisión de personal cita lo que al respecto ha definido el Ministerio del Trabajo mediante circular 000026 del 26 de marzo de 2014 respecto de los requisitos para la designación en encargo : " Para ser encargado en empleos de carrera , el servidor público deberá cumplir con los siguientes requisitos: 1. Tener Derechos de Carrera: esta condición se acreditará con la respectiva inscripción en el registro público de carrera que administra la CNSC, o con la certificación que sobre el particular expida el subdirector de Gestión del Talento Humano. 2. Que la última evaluación del desempeño laboral haya sido sobresaliente: corresponde a la certificación obtenida en el último periodo ordinario de evaluación del desempeño laboral, 1º. De febrero de 2013 al 31 de enero de 2014".

- o De otra parte señala la Comisión en la misma acta : Lo anterior permite a los comisionados tener claramente definido que tanto el agotamiento del procedimiento para la provisión transitoria de un empleo por encargo, su concesión a quien detente el mejor derecho y cumpla con los requisitos, su desarrollo y la terminación del encargo, se encuentran presupuestados en la ley y por lo tanto para su otorgamiento, deben concurrir ciertos elementos de hecho y de derecho exigidos por el ordenamiento jurídico colombiano y es que precisamente por ese carácter legal y reglado, no es dado al nominador apartarse de las condiciones que deben tenerse en cuenta respecto de un sujeto calificado, esto es, el empleado titular de derechos de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la ley, para hacerse acreedor del encargo como son los siguientes: ..."
- o También es relevante lo que señala la comisión en esta acta cuando dice : " Siendo claro entonces para los comisionados que en el encargo deberá recaer en un empleado de carrera que se desempeñe como titular del cargo inmediatamente inferior de los que existen en la planta de personal de la entidad, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos; se procede con la verificación de la actuación de la administración respecto del beneficio otorgado a la empleada pública DEYZI SANTAMARIA encargada para desempeñar el cargo profesional especializado grado 04., que reclama la doctora HEIDY ALVARINO MERLANO, observando que la encargada no es titular del cargo inmediatamente inferior al de la vacancia, por el contrario es titular del cargo de Secretaria 540 grado 01 , cargo del nivel asistencial con el menor grado de jerarquía dentro de la planta de personal, igualmente se verifica que la empleada encargada no tiene la evaluación del desempeño correspondiente al último periodo ordinario de labores, pues para la fecha en que se realizó la evaluación de los empleados de la planta global, ella se encontraba desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción que no es evaluado y por lo tanto no tiene el requisito de la evaluación del desempeño..... Acto seguido se decide por los presentes revisar las demás reclamaciones allegadas a la comisión de personal verificando que todas tienen el mismo argumento de no cumplimiento de los requisitos respecto del personal encargado para desempeñar los empleos creados en el mes de diciembre de 2015, por lo que se da el mismo trato y conclusión a los encargados para desempeñar los cargos de Profesional Especializado grado 03 Código 222 que actualmente desempeña la empleada pública ROSALBA JIMENEZ REYES, titular del cargo de Secretaria Código 540 Grado 01 del nivel asistencial, igualmente lo concerniente al cargo de Profesional Especializado Grado 03 Código 222, que actualmente desempeña en encargo la empleada pública LUZ DARY NAVARRO titular del cargo Inspector de Policía Rural del Nivel Técnico con Grado 03. Pues al tener claridad sobre la obligación de tener calificación del desempeño se concluye que los funcionarios que se encontraban en situación administrativa de comisión, desempeñando un cargo de libre nombramiento y remoción como es el caso de las tres empleadas enunciadas anteriormente y que



fueron encargadas en los cargos creados en el mes de diciembre de 2015, no cumplen con ese requisito y por tanto su nombramiento en encargo es irregular por este solo hecho, pero aunado a esto se tiene que no son titulares del cargo inmediatamente anterior al provisto y que en la planta de personal existe personal que cumple con los requisitos".

2. Copia de la Resolución No. 20172000052715 de fecha 22 de agosto de 2017, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil; por medio de la cual se resuelve la actuación administrativa sancionatoria adelantada en contra de ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA y JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS, alcalde y Secretario General de la alcaldía de Barrancabermeja, por violación a las normas de carrera administrativa. (Ver folios 146 al 155 cuaderno original). Y en donde previo resumen de la actuación administrativa se determinó una presunta violación al derecho preferencial de encargo tratándose de los cargos de Profesional Especializado Grado 04, Código 222; Profesional Universitario Grado 02 Código 219; además de realizar nombramientos en provisionalidad, respecto de los que, una vez realizado el estudio de las hojas de vida obrantes en el expediente y de la planta de personal del municipio de Barrancabermeja, se logró evidenciar que presuntamente existió una violación a las normas de carrera administrativa frente a los nombramientos de técnico operativo Grado 03 Código 314, para Erika Osorio Valencia, quien de acuerdo con los documentos obrantes en el expediente, no cumpliría con los requisitos de experiencia establecidos en el manual de funciones de la entidad para el cargo; Técnico Operativo Grado 03 Código 314, nombrado SEBASTIAN BARON, quien de acuerdo a los documentos obrantes en el expediente, no cumpliría los requisitos de experiencia establecidos en el manual de funciones de la entidad para el respectivo cargo. Concluyendo que de existir al interior de la entidad funcionario de carrera con derecho preferencial de encargo respecto del empleo Técnico Operativo Grado 03 Código 314, dicho derecho recaería sobre otra funcionaria.

IV. EVALUACION

Analizadas todas y cada una de las pruebas aportadas en debida forma a la actuación disciplinaria, y a su vez, en vista que hasta esta instancia se investiga las presuntas irregularidades presentadas en el nombramiento y posesión de los cargos creados mediante el Decreto 320 de fecha 24 de diciembre de 2015 "Por medio del cual se modifica el decreto 078 de 2008 y se crean veintiún (21) cargos en la planta global del municipio de Barrancabermeja", se dispone a evaluar de la siguiente manera:

Que una vez practicadas todas y cada una de las pruebas decretadas en la etapa de indagación preliminar y en la etapa de investigación disciplinaria; y por consiguiente teniendo en cuenta la documentación aportada al expediente evidentemente se observa la presencia de una presunta falta disciplinaria, cometida por los servidores públicos, a saber: Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, Identificado con CC. 91.426.010 – Alcalde Municipal de



116

Barrancabermeja Santander Vigencia 2012-2015; **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, Identificado con la CC. 91.286.445 - Secretario General Alcaldía de Barrancabermeja, consistente en no dar aplicación a la normatividad de carrera administrativa al violar el derecho preferencial del encargo de funcionarios de la administración municipal y por el contrario proceder al nombramiento y posesión en los cargos creados mediante Decreto 320 de fecha diciembre 24 de 2015, a funcionarios que no cumplían los requisitos señalados en el artículo 24 de la ley 909 de 2004 de Carrera Administrativa

V. HECHOS ESTABLECIDOS

5.1. Que el Señor **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, identificado con la C.C. 91.426.010, para la época de los hechos (2015), fungía como **Alcalde Municipal de Barrancabermeja (s)**, según Acta de escrutinio de elecciones de fecha 30 de Octubre de 2011 y Acta de Posesión de fecha 02 de enero de 2012 (ver folios 75 y 76 y del 105 al 112 Cuaderno original).

5.2. Que el Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, identificado con la CC.91.286.445, fungía como **Secretario General de la alcaldía Municipal de Barrancabermeja** desde el 05 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2015, según Decreto de Nombramiento No. 001 de fecha 13 de enero de 2012 y Acta de Posesión No. 0001 de fecha 05 de enero de 2012. (Ver folios 88 al 99 cuaderno original).

5.3. DE LOS HECHOS RELACIONADOS CON LAS POSIBLES IRREGULARIDADES ATRIBUIDAS a los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, Identificado con CC. 91.426.010; **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, Identificado con la CC. 91.286.445, teniendo como pruebas las allegadas que hacen relación a la posible conducta irregular desplegada, permiten colegir que se dan los presupuestos del artículo 162 de la Ley 734 de 2002 para formular **CARGOS**, en contra de los servidores públicos Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA; JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, toda vez que está presuntamente demostrada objetivamente la falta y existe prueba que compromete la responsabilidad de dichos funcionarios en el nombramiento y posesión de servidores públicos, presuntamente contrariando la normatividad de carrera administrativa consagrada en la ley 909 de 2004.

5.4. INDIVIDUALIZACIÓN FUNCIONAL E IDENTIFICACIÓN DEL AUTOR DE LA FALTA

Se establece de la lectura de las diligencias y analizado el material probatorio arrojado estas señalan como presuntos responsables a los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, identificado con la C.C. 91.426.010, para la época de los hechos (2015), quien fungía como **Alcalde Municipal de Barrancabermeja (s)**, según Acta de escrutinio de elecciones de fecha 30 de Octubre de 2011 y Acta de Posesión de fecha 02 de enero de 2012 (ver folios 75 y 76 y del 105 al 112 Cuaderno original) y Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, identificado con la CC.91.286.445, quien fungía como Secretario General de la alcaldía Municipal de Barrancabermeja desde el 05 de enero de 2012 y hasta el 31 de diciembre de 2015, según Decreto de Nombramiento No. 001 de fecha 13 de enero de 2012 y Acta de Posesión No. 0001 de fecha 05 de



enero de 2012. (Ver folios 88 al 99 cuaderno original).

Veamos entonces:

Para formular cargos de acuerdo con lo señalado en la ley, se hará cuando exista prueba que comprometa la responsabilidad del funcionario investigado.

En el presente caso, efectivamente tenemos que para la época de los hechos (Diciembre 2015), respectivamente, los aquí investigados Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, Identificado con CC. 91.426.010; Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, identificado con la CC.91.286.445 ostentaban la calidad de Alcalde Municipal de Barrancabermeja y Secretario General de la alcaldía Municipal de Barrancabermeja.

VI. DE LA FALTA DISCIPLINARIA y SU TIPICIDAD

CARGO UNICO:

Se imputa a los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, Identificado con CC. 91.426.010 En calidad de Alcalde Municipal de Barrancabermeja, según acta de escrutinio de elecciones de fecha 30 de Octubre de 2011 y Acta de Posesión de fecha 02 de enero de 2012 y **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, identificado con la CC.91.286.445 en calidad de Secretario General de la alcaldía Municipal de Barrancabermeja, según Decreto de Nombramiento No. 001 de fecha 13 de enero de 2012 y Acta de Posesión No. 0001 de fecha 05 de enero de 2012, ambos en dichos cargos para la época de los hechos (Diciembre 2015) el haber presuntamente faltado a sus deberes por **no cumplir y hacer cumplir la norma** de carrera administrativa señalada en el artículo 24 de la ley 909 de 2004, por la cual el Congreso de la Republica expide normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones; al vulnerar los derechos de los empleados de carrera administrativa de la Alcaldía de Barrancabermeja y por ende la violación al derecho preferencial de ser encargados de los que si cumplan con los requisitos señalados en esta norma cuando expidió el Decreto 320 de fecha 24 de diciembre de 2015 y cuando procedió con el nombramiento y posesión con personal en encargo en cargos de libre nombramiento y remoción, a los que no se les realizó el procedimiento legalmente establecido para proveer dichos cargos (Que la última evaluación del desempeño, haya sido sobresaliente refiriéndonos al periodo ordinario de 1 de febrero de 2013 al 31 de enero de 2014 y que el encargo recaiga en un empleado de carrera que desempeñe como titular el cargo inmediatamente inferior de los que existen en la planta de personal de la entidad; siempre y cuando cumplan con los demás requisitos); contrario a lo que sucedió con los nombramientos de **DEIZY SANTAMARIA**, encargada para desempeñar el cargo de Profesional Especializada grado 04, quien no es titular del cargo inmediatamente inferior, siendo titular del cargo de secretaria 540, grado 01 cargo del nivel asistencial con el menor grado de jerarquía dentro de la planta de personal y sin la última evaluación del último periodo ordinario, por encontrarse ocupando cargo de libre nombramiento y remoción; situación igual se presenta en los cargos de Profesional Especializado grado 03 Código 222, desempeñado por **ROSALBA JIMENEZ REYES**, titular del cargo de Secretaria Código 540, grado 01;



177

igual en el de Profesional Especializado grado 03 Código 222 ocupado por LUZ DARY NAVARRO, titular del cargo de Inspectora de Policía Rural, entre otras situaciones, al proceder con el nombramiento y posesión de los cargos creados con Decreto No. 320 de fecha 24 de diciembre de 2015 sin tener en cuenta los presupuestos señalados en la ley 909 de 2004 en su artículo 24, como ya se dijo.

Con dicha Conducta los mentados funcionarios pueden estar incursos en una presunta falta disciplinaria.

VII. NORMAS PRESUNTAMENTE VIOLADAS.

Con la conducta asumida por los investigados y su resultado se infringieron las siguientes normas:

La conducta posiblemente irregular de los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA** y **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS** objeto de reproche y producto del incumplimiento de las normas descritas, se adecuan o tipifican como faltas disciplinarias en las siguientes normas:

Ley 734 de 2002

Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

El artículo 34 que establece: "Deberes. Son deberes de todo servidor público:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la constitución, los tratados de derecho internacional humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consagrados en la ley 190 de 1995 se integraran a este código."

2. "cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado...."

Artículo 35 establece: "**Prohibiciones.** A todo servidor público le está prohibido: **Numeral 1.** Incumplir los deberes o abusar de los derechos o extralimitar las funciones contenidas en la Constitución, los tratados internacionales ratificados



por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas y los contratos de trabajo.

Artículo 44 párrafo final que señala que la "culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones."

Ley 909 de 2004

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

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

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

VIII. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La conducta presuntamente irregular que se endilga a los citados funcionarios, por implicar omisión en el ejercicio de sus funciones, puede ser constitutiva de falta disciplinaria al tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002 que prescribe:

"Constituye falta disciplinaria y por tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamiento previstos en este Código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento."

En el caso que ocupa al Despacho la presunta conducta desplegada por los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA y JUAN CARLOS ESPINOSA**



718

VARGAS, al parecer fue irregular y en su condición de servidor público, les asiste el deber consagrado en el artículo 60. de la Constitución Política de Colombia, que reza:

Art. 6º. "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"

La Comisión Nacional del Servicio Civil en Resolución No. 20172000052715 de fecha 22 de agosto de 2017, proferida dentro de proceso administrativo sancionatorio seguido contra los hoy aquí encartados señala lo siguiente: "El Alcalde del Municipio de Barrancabermeja, Señor **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, profirió el decreto No. 320 del 24 de diciembre de 2015; por lo cual "se modifica el Decreto No. 078 de 2008 y se crean veintiún (21) cargos en la planta global del municipio de Barrancabermeja". Para proveer de forma transitoria los cargos creados, el Secretario General de la Alcaldía Municipal, el Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, presuntamente realizó el correspondiente estudio de verificación con el fin de revisar la Planta Global del Personal del Municipio y así determinar si existían al interior del mismo, funcionarios con derechos de carrera administrativa a quienes les asistiera derecho para ser encargados de estos empleos.

Del estudio antes enunciado se concluyó que, tratándose de 7 de los 21 empleos creados, existían funcionarios con derechos de carrera administrativa que cumplían los requisitos para ser encargados. Por lo tanto, los demás cargos fueron provistos mediante nombramiento en provisionalidad.

De estudio de verificación presuntamente realizado por el Secretario General de la Alcaldía, se echó de menos el relacionado con el Cargo De Profesional Especializado Grado 4, Código 222 y el atinente con el Cargo Profesional Universitario Grado 02 Código 219. A pesar de lo anterior, dichos cargos fueron provistos transitoriamente mediante la figura de encargo.

Teniendo en cuenta lo anterior, se evidenció una presunta violación al derecho preferencial de encargo tratándose de los siguientes cargos y funcionarios:

PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 4 CODIGO 222: Este cargo fue provisto mediante encargo asumido por la funcionaria **Deizy Santamaria Jaimes**, quien no cumpliría los requisitos del artículo 24 de la ley 909 de 2004, al no ocupar el cargo inmediatamente inferior, pues es titular del empleo de Secretaria Grado 01...

PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO 02 CODIGO 219: Este empleo fue provisto mediante encargo otorgado a la Señora **E Ivi Victoria Husbands** quien no cumpliría los requisitos del artículo 24 de la ley 909 de 2004, por no ocupar el cargo inmediatamente inferior al empleo vacante, pues es titular del cargo Secretaria Ejecutiva Grado 04...

Por otra parte, con el fin de proveer de forma transitoria los empleos vacantes creados mediante el Decreto 320 de 2015, la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja realizó algunos nombramientos en provisionalidad, respecto de los que, una vez realizado el estudio de las hojas de vida obrantes en el expediente y de la planta global de personal del municipio de Barrancabermeja, se logró evidenciar que presuntamente existió una violación a las normas de carrera administrativa frente a los siguientes nombramientos y por las razones que se enuncian a continuación:

TECNICO OPERATIVO GRADO 03 CODIGO 314. Este cargo fue provisto mediante nombramiento en provisionalidad asumido por la funcionaria **Erika Osorio Valencia**,



quien de acuerdo con los documentos obrante en el expediente, no cumpliría los requisitos de experiencia establecido en el manual de funciones de la entidad para el respectivo cargo.

TECNICO OPERATIVO GRADO 03 CODIGO 314. *Este cargo fue provisto mediante nombramiento en provisionalidad asumido por el funcionario Sebastián Barón, quien de acuerdo con los documentos obrante en el expediente, no cumpliría los requisitos de experiencia establecido en el manual de funciones de la entidad para el respectivo cargo. (Ver folios 146 al 155 cuaderno original)*

Teniendo en cuenta lo anterior se considera que de existir dentro de la entidad funcionario de carrera con derecho preferencial de encargo el derecho recaería sobre aquel para ocupar dicha vacante.

Con el hecho de haber omitido la realización de los estudios de verificación, se evidencia una trasgresión al régimen del derecho preferencial de encargo, como quiera que no se tomaron las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos de terceros. Es claro que se incurrió efectivamente en una violación del derecho de encargo al nombrar a una persona distinta de aquella que tenía el derecho preferencial, según lo exige el artículo 24 de la ley 909 de 2004.

La Comisión de personal del Municipio de Barrancabermeja, luego de analizar y tramitar unas reclamaciones presentadas por unos funcionarios públicos de carrera administrativa, mediante Resolución No. 002 de 21 de febrero de 2016, que recoge el análisis efectuado en la reunión de que da cuenta el Acta No. 04 de 16 de febrero de 2016 concluyó que se había presentado una violación al derecho preferencial de encargo.

En particular, en la referida Acta No. 04 se hace referencia al caso del cargo profesional especializado 222 grado 04, ocupado por DEISY SANTAMARIA JAIMES, para decir que las personas con derecho preferencial para ocupar el cargo eran la señora HEIDY ALVARINO MERLANO y el Señor RAFAEL HERNANDEZ ACOSTA. (ver folios 122 al 133 cuaderno original)

Con lo anterior se observa una transgresión latente a las normas que se le señalaron como violadas, las indicadas en el acápite de infringidas y en la adecuación normativa, pues al haber procedido con infracción de tales preceptos legales, lesionó los artículos 123 y 209 de la Constitución Política, que indican que los servidores públicos deben ejercer sus funciones en la forma dicha por esa Carta, la ley y el reglamento, y que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y de los particulares, y se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad, eficacia, celeridad y economía, en la medida en que su actuar es evidentemente configurativo de falta, en aplicación de tales principios.

A criterio de este Despacho constituye presuntamente la falta grave prevista en el artículo 50 del CDU, por cuanto el Disciplinado con su actuar presuntamente incumplió los deberes que le asisten como Funcionario Público.

En el caso que nos ocupa existe un posible quebrantamiento a las normas de carrera administrativa de parte de los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA** y **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**; al violar el Derecho preferencial de encargo de algunos funcionarios de la administración



179

municipal de Barrancabermeja.

IX. PRUEBAS FUNDAMENTO DE LA CONDUCTA ATRIBUIDA

Las pruebas en que se fundamenta la conducta que se le atribuye al Señor **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, identificado con la C.C.91.426.010, expedida en Barrancabermeja Santander; quien para la fecha de los hechos, se desempeñaba como Alcalde Municipal de Barrancabermeja Santander y al Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, identificado con la CC.91.286.445, quien para la fecha de los hechos, se desempeñaba Secretario General de la alcaldía Municipal de Barrancabermeja, respecto al Cargo Único que se le endilga corresponden a:

1. Copia de la Resolución No. 002 de fecha 21 de febrero de 2016; por medio de la cual se resuelven unas reclamaciones de los empleados públicos de carrera administrativa vinculados laboralmente con el municipio de Barrancabermeja. (ver folios 44 al 47 cuaderno original).
2. Copia de oficio No. 840 de fecha 14 de enero de 2016, por medio de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil requiriere al Jefe de Personal de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja para que allegue diversa información referente al caso en estudio. (ver folio 39 al 43 cuaderno original).
3. Oficio de fecha 05 de abril de 2016, por medio del cual la Secretaría General de la alcaldía Municipal de Barrancabermeja atiende a nuestro requerimiento. (ver folios 53 al 59 cuaderno original).
4. Copia del Decreto 320 de 2015.
5. Con oficio No. 3414 de fecha 18 de agosto de 2017, el Señor Presidente de la Comisión de Personal de la alcaldía Municipal de Barrancabermeja, atiende a nuestro requerimiento allegando lo siguiente: (ver folios 113 al 140 cuaderno original).
- Copia de la Resolución No. 002 de fecha 21 de febrero de 2016, por medio de la cual se resuelven unas reclamaciones de los empleados públicos de carrera administrativa vinculados laboralmente con el municipio de Barrancabermeja.
- Copia del Acta No. 004 de fecha 16 de febrero de 2016, reunión de comisión de personal
6. Copia de la Resolución No. 20172000052715 de fecha 22 de agosto de 2017, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil; por medio de la cual se resuelve la actuación administrativa sancionatoria adelantada en contra de **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA** y **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS** por violación a las normas de carrera administrativa. (Ver folios 146 al 155 cuaderno original).



X. TIPO DE FALTA

- **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, identificado con la C.C.91.426.010, expedida en Barrancabermeja Santander:

Tipo de la Falta:

Se considera que presuntamente estamos ante una **falta grave**, en consideración a los criterios contenidos en los numerales 1,4, 5 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002, los cuales se pasan a explicar:

Numeral 1, el grado de culpabilidad: Porque el disciplinado, al parecer desatendió sus deberes al no tener en cuenta la norma de carrera administrativa contenida en la ley 909 de 2004

Numeral 4, la jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva entidad. Tenemos que se trata de un servidor público que ostentaba el cargo de Alcalde Municipal, siendo un cargo directivo, tal como consta en el acto de nombramiento y posesión.

Numeral 5, la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado. La sociedad espera de los funcionarios públicos que estos actúen diligentemente; que cumplan con los deberes a ellos encomendados pues en la medida que se dé dicho cumplimiento va a verse beneficiada la sociedad y se van a evitar traumatismos en el tráfico social.

En consecuencia, la falta se califica provisionalmente, como **GRAVE**.

Forma de Culpabilidad:

Teniendo en cuenta los deberes que debía cumplir como Alcalde del Municipio de Barrancabermeja (s), al parecer con su actuación trasgredió las normas de carrera administrativa en relación con el derecho preferencial de encargo de algunos funcionarios de la administración municipal de Barrancabermeja, por lo tanto se presume el desconocimiento de los principios que rigen la función pública y esto hace que dicha falta se considere cometida a título de **CULPA GRAVE**.

Se reprocha esta conducta con culpa grave, conforme lo dispone el artículo 44 parágrafo final de la ley 734/02 que señala que la "culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones."

En esta situación no se encuentra presente el elemento de la voluntad expresamente determinado, valga decir, dirigido en forma deliberada para contrariar el ordenamiento jurídico disciplinario, sino que éste se produce por la forma al parecer descuidada, imprudente, negligente o sin la destreza requerida para realizar ciertas actividades humanas que requieren de ese dominio, con el



179

que actúa el servidor, se insiste, sin la intención de hacerlo.

Por lo anterior, la culpabilidad se califica provisionalmente a título de **culpa grave**.

- **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, identificado con la CC.91.286.445

Tipo de la Falta:

Se considera que presuntamente estamos ante una **falta grave**, en consideración a los criterios contenidos en los numerales 1,4, 5 del artículo 43 de la Ley 734 de 2002, los cuales se pasan a explicar:

Numeral 1, el grado de culpabilidad: Porque el disciplinado, al parecer desatendió sus deberes al no tener en cuenta la norma de carrera administrativa contenida en la ley 909 de 2004

Numeral 4, la jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva entidad. Tenemos que se trata de un servidor público que ostentaba el cargo de Secretario General de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, siendo un cargo directivo, tal como consta en el acto de nombramiento y posesión.

Numeral 5, la trascendencia social de la falta o el perjuicio causado. La sociedad espera de los funcionarios públicos que estos actúen diligentemente; que cumplan con los deberes a ellos encomendados pues en la medida que se dé dicho cumplimiento va a verse beneficiada la sociedad y se van a evitar traumatismos en el tráfico social.

En consecuencia, la falta se califica provisionalmente, como **GRAVE**.

Forma de Culpabilidad:

Teniendo en cuenta los deberes que debía cumplir como Alcalde del Municipio de Barrancabermeja (s), al parecer con su actuación trasgredió las normas de carrera administrativa en relación con el derecho preferencial de encargo de algunos funcionarios de la administración municipal de Barrancabermeja, por lo tanto se presume el desconocimiento de los principios que rigen la función pública y esto hace que dicha falta se considere cometida a título de **CULPA GRAVE**.

Se reprocha esta conducta con culpa grave, conforme lo dispone el artículo 44 parágrafo final de la ley 734/02 que señala que la "culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones."

En esta situación no se encuentra presente el elemento de la voluntad expresamente determinado, valga decir, dirigido en forma deliberada para contrariar el ordenamiento jurídico disciplinario, sino que éste se produce por la forma al parecer descuidada, imprudente, negligente o sin la destreza requerida



para realizar ciertas actividades humanas que requieren de ese dominio, con el que actúa el servidor, se insiste, sin la intención de hacerlo.

Por lo anterior, la culpabilidad se califica provisionalmente a título de **culpa grave**.

XI. DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

El concepto de principio es fundamental para la construcción de la categoría de ilicitud sustancial, la cual resulta necesaria para hacer el reproche disciplinario, pues la responsabilidad disciplinaria equivale, en un sentido amplio, a la violación del deber sin que exista justificación alguna, justificaciones que están consagradas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único. Bajo este entendido, ha reiterado la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, que la tipicidad disciplinaria es la adecuación de una conducta al incumplimiento de una norma con estructura de regla; dicha inobservancia lleva a la afectación de otras normas superiores con estructura de principios como lo son los que procuran la buena marcha y el correcto funcionamiento de la función pública, pilares que están ligados al ejercicio del deber funcional que le asiste a todo servidor público y que vistos en el presente caso, fueron al parecer desconocidos por el disciplinado.

En el caso de los servidores públicos investigados Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA y JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, debemos referir que estos funcionarios no atendieron debidamente las funciones que les encomendaban como era dar cabal cumplimiento a la constitución y la ley, situación que se encuentra expresamente tipificada en las normas que regula la materia, y dentro del ordenamiento jurídico Disciplinario también encuentra asidero, por lo tanto la conducta cuestionada en el cargo constituye una presunta omisión en el ejercicio de sus funciones habida cuenta que desconocieron los preceptos consagrados en la Ley 909 de 2004 en cuanto al derecho preferencial de encargo de algunos funcionarios de la administración municipal de Barrancabermeja.

Sobre la ilicitud sustancial se explica que ésta aparece no con la infracción formal de un deber funcional sino con la infracción sustancial de dicho deber, es decir, cuando se atenta contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, situaciones que están demostradas en el presente caso.

Debemos tener en cuenta que los funcionarios en mención Elkin David Bueno Altahona, tenía la condición de primera autoridad administrativa del municipio de Barrancabermeja, Juan Carlos Espinosa Vargas, Secretario General de la Alcaldía Municipal de Barrancabermeja, por consiguiente debía velar por el estricto cumplimiento de la ley, por tanto, con sus conductas al parecer se quebrantarían los principios constitucionales de **legalidad y responsabilidad**, (artículo 209 de la Constitución Política), por cuanto estos principios, el **primero** exige que las actuaciones de los funcionarios públicos deben estar apegadas al cumplimiento de los mandatos de la Constitución y la Ley, es decir, que todos sus actos deben ser cristalinos, puros, cuyos contenidos puedan ser fiscalizados por la comunidad satisfaciendo el interés general, y el **segundo**, se orienta a que los servidores públicos denoten una actitud coherente con la legalidad y los fines del ordenamiento, que respeten las formalidades y finalidades que se derivan del



N 29

principio de legalidad, los cuales son imprescindibles para combatir efectivamente la corrupción y en general evitar que se cometan conductas que contraríen la ley.

XII. DE LA COMPETENCIA

Este Despacho es competente para proferir la presente decisión de conformidad con lo indicado en el literal a) del numeral 1o del artículo 76 del Decreto 262 de 2000 y lo señalado en la Resolución No. 18 de 2000.

XIII. ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR LOS SUJETOS PROCESALES.-

Una vez revisado el expediente, podemos encontrar que el día 11 de abril de 2016 el Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, **presentó versión libre ante este Despacho en la cual señala:** *Ante los presuntos hechos me permito aclarar que se realizó un estudio así como la evaluación de los perfiles que exige la ley 909, sin embargo si existieran empleados de carrera administrativa que consideraran cumplir con tales perfiles para los encargos la ley establece que podrán hacer la respectiva solicitud para que sean revisados nuevamente los perfiles y las hojas de vida y si es el caso realizar las correcciones pertinentes, también considero prudente aclarar que la comisión de personal es la primera instancia para aclarar y solicitar al nominado las correcciones que hubiese ha lugar, en este mismo sentido considero prudente de mi parte indagar o conocer el estado de este procedimiento en la alcaldía municipal dado que no conozco que avances o que reuniones a efectuado los integrantes de la comisión y en este caso la Secretaría General para atender las inquietudes de las personas o funcionarios que consideren ser encargados en los puestos creados por parte del Señor Alcalde; también es importante señalar que se contó con la asesoría del ingeniero industrial Marlon Camargo quien es la persona dentro de la administración municipal por su formación y experiencia a quien se le comunico para asesorar todos los procedimientos que se requieren para estos procesos y a quien si este despacho me lo permite podría solicitarle más detalles aclaratorios referente a la queja expuesta y por parte de los funcionarios interesados en acceder a los encargos. PREGUNTANDO: Sirvase decir si tiene algo que agregar, enmendar o suprimir a la presente diligencia. CONTESTO: Continuare atento a los llamados de este Despacho para las respectivas aclaraciones. (Ver folios 51 y 52 cuaderno original)*

Posición que no comparte el despacho de acuerdo a lo expuesto en este proveído y que no son de recibo de este despacho hasta esta instancia, ya que, no es motivo para desvirtuar el cargo.

Revisado el expediente no se observa escrito de versión libre presentado por el Señor **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**.

Por lo anteriormente expuesto y al tenor de lo dispuesto en el artículo 177 de la ley 734 de 2002, el Procurador Provincial de Barrancabermeja,

RESUELVE

PRIMERO: FORMULAR CARGOS a los Señores **ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, Identificado con CC. 91.426.010, quien para la fecha de los hechos, se desempeñó como Alcalde Municipal de Barrancabermeja, Santander y contra el Señor **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**,



Identificado con la CC. 91.286.445, quien para la fecha de los hechos se desempeñó como Secretario General Alcaldía de Barrancabermeja, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Notificar personalmente la presente decisión a los **SEÑORES ELKIN DAVID BUENO ALTAHONA**, Identificado con CC. 91.426.010; **JUAN CARLOS ESPINOSA VARGAS**, Identificado con la CC. 91.286.445, conforme a los artículos 104, y 165 del Código Único Disciplinario, y conforme al artículo 166 del mismo estatuto dispone del término de diez (10) días hábiles, contados a partir del siguiente a su notificación, para presentar descargos, solicitar y/o aportar pruebas que considere pertinentes para ejercer su derecho de defensa.

Si dentro de los cinco días hábiles siguientes a la comunicación no se ha presentado el procesado o su defensor si lo tuviere, se procederá a designar defensor de oficio con quien se surtirá la notificación personal.

Para tal efecto, librense las comunicaciones y efectúense las diligencias correspondientes para lograr la notificación.

TERCERO: Durante el término señalado anteriormente, el expediente permanecerá a disposición del investigado para su consulta, en la Secretaría de este Despacho, de conformidad con lo estatuido en el artículo 166 de la Ley 734 de 2002.

CUARTO: Por secretaría, informar a los Sujetos procesales de los derechos que le asiste de conformidad con lo establecido en los artículos 90 y 92 de la Ley 734 de 2002. Háganse las demás anotaciones y comunicaciones a que haya lugar,

QUINTO: Igualmente se le hará saber que contra la presente decisión NO procede recurso alguno, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 162 ibídem.

SEXTO: EFECTUENSE las anotaciones, comunicaciones y registros físicos o informáticos, que imponga esta determinación, en especial en el sistema de información misional SIM.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

BERNARDO GIRALDO RODRIGUEZ
PROCURADOR PROVINCIAL BARRANCABERMEJA

B.G.R./D.H.S



121

PROCURADURIA PROVINCIAL BARRANCABERMEJA

Oficio No. 4470

Barrancabermeja, 31 de octubre de 2017

Doctor
BERNARDO GIRALDO RODRIGUEZ
PROCURADOR PROVINCIAL
BARRANCABERMEJA SANTANDER

REF: DEVOLUCION EXPEDIENTE / IUS-2016-24484/ IUCD- 2016-83-829429

Para los fines pertinentes, me permito hacer devolución del expediente de la referencia, con el proyecto de auto de **PLIEGO DE CARGOS**, consta de un cuaderno original y un cuaderno de copias, para su consideración.

Cordialmente;

DIANA ROCIO HERNANDEZ SANTOYO
Profesional Universitario G-17

De: Sandra Mildreth Murgas Guerrero
Enviado el: Jueves, 8 de noviembre de 2018 4:01 p. m.
Para: Sindicato Procuradurías Judiciales
CC: Nelson Fabio Herrera Serrano; Guillermo Gomez Gomez; Max Andres Vivas Ruiz; Yuri Yolina Barbosa Pinzon; Jaime Arturo Avendano Jaramillo
Asunto: RE: SOLICITUD CERTIFICACIÓN DECRETOS DE NOMBRAMIENTOS.

Buenas tardes doctor Pedro Allrio.

Los decretos relacionados hacen mención al archivo PDF que contiene los decretos del mes de septiembre de 2018, denominado "DECRETOS_POSESION_SEPTIEMBRE_2018_.pdf".

Este archivo se publicó en la página <https://www.procuraduria.gov.co/portal/decretos-de-nombramiento.page> del Portal Web de la Entidad, en el link https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/DECRETOS_POSESION_SEPTIEMBRE_2018_.pdf el día 17/10/2018 a las 05:24:26 p.m.:

Remote Name		Size	Type	
DECRETOS_POSESION_SEPTIEMBRE_2018_.pdf		246,106,8...	Adobe A...	17/10/21
Propiedades de DECRETOS_POSESION_SEPTIEMBRE_2018_.pdf		4,606,098	Adobe A...	17/11/21
General		35,865,085	Adobe A...	30/11/21
		35,110,2...	Adobe A...	25/10/21
		220,157	Adobe A...	22/11/21
DECRETOS_POSESION_SEPTIEMBRE_2018_.pdf		76,719	Adobe A...	06/05/21
		48,210	Adobe A...	31/05/21
		1,386,973	Adobe A...	18/07/21
		98,644	Adobe A...	17/02/21
		5,939,348	Adobe A...	02/07/21
		269,232	Adobe A...	14/07/21
		269,232	Adobe A...	15/07/21
		269,232	Adobe A...	15/07/21
		269,232	Adobe A...	14/07/21
		242,753	Adobe A...	19/03/21
		16,736	Adobe A...	12/03/21

Type Adobe Acrobat Document
Location /CMS/portal/
Size 234,71MB (246106806 Bytes)
miércoles, 17 de octubre de 2018 05:24 26 p

Cordialmente,



Ing. Sandra Murgas Guerrero
Administradora Técnica de Página Web
Intranet - Cas Virtual - INSAP - Votaciones
PROSIF de la Sede Electrónica del SIGOEA
Electoral - Relatoría - SIAF Recursos Humanos
SIAF Conciliación Administrativa
SIAF - Correspondencia histórico antes de 14/02/2017
Oficina de Sistemas
PBX (571) 587 8750 Ext. 10518 Fax: 10597

La impresión no necesaria de correos así como de documentos afectan el Medio Ambiente. El uso adecuado del correo electrónico, y leer digitalmente los documentos protegen al Medio Ambiente.

De: Sindicato Procuradurías Judiciales
Enviado el: jueves, 8 de noviembre de 2018 3:46 p. m.
Para: Sandra Mildreth Murgas Guerrero <smurgas@procuraduria.gov.co>
Asunto: SOLICITUD CERTIFICACIÓN DECRETOS DE NOMBRAMIENTOS.

Señores
Oficina de Sistemas
Procuraduría General de la Nación

En calidad de Presidente del Sindicato de Procuradores Judiciales "PROCURAR" me dirijo ante ustedes en ejercicio del derecho de petición, con el fin de solicitarle me certifique la fecha y hora en la cual fueron publicados los decretos de nombramientos correspondientes al mes de septiembre de 2018.

Así mismo, informar a esta organización sindical la fecha de publicación de cada uno de los siguientes Decretos:

123

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00069-00

Actor: CARLOS LEONARDO HERNÁNDEZ

Demandados: Procuradores Judicial II Delegados para la conciliación Administrativa de la Procuraduría General de la Nación

Auto remite por competencia

El señor **CARLOS LEONARDO HERNÁNDEZ** solicitó, mediante el ejercicio del presente medio de control electoral, entre otras, que *"se declare la nulidad del acto administrativo (desconozco su número consecutivo) en caso de existir un solo acto por medio del cual se declara elegidas a las 94 personas dentro de la Convocatoria No. 006-2015 correspondiente al cargo de Procurador Judicial II Delegado para la Conciliación Administrativa"*.

En consideración, que el demandante pretende que se anulen los nombramientos realizados para el cargo de Procurador Judicial II Delegado para la Conciliación Administrativa, este Despacho debe advertir que de conformidad con el Decreto No. 264 de 2000¹ dicho cargo pertenece **al nivel profesional**, pues así lo prevé en su artículo 7° que dispone:

"Nomenclatura de los empleos. Los empleos de la Procuraduría General de la Nación incluidos los del Instituto de Estudios del Ministerio Público se identifican con la siguiente nomenclatura: Denominación del empleo Código Grado (...)"

NIVEL PROFESIONAL

Procurador Judicial II 3PJ EC"

De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el numeral 13 del artículo 151 del C.P.A.C.A., resulta claro que el Consejo de Estado carece de competencia para conocer del presente asunto.

¹ *"por el cual se establecen el sistema de clasificación y nomenclatura, y la naturaleza de las funciones de los empleos de la Procuraduría General de la Nación incluidos los del Instituto de Estudios del Ministerio Público"*.

pues el mismo está asignado a los Tribunales Administrativos, en única instancia, pues así lo prevé el precepto que se cita:

“ARTÍCULO 151. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN ÚNICA INSTANCIA. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

(...)

13. De los de nulidad electoral del acto de elección de los empleados públicos de los niveles asesor, **profesional**, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden distrital y departamental.

La competencia por razón del territorio corresponde al tribunal del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios”.
(Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, se dispone que, una vez ejecutoriada la presente decisión, el expediente se remita al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Reparto), para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

Honorables Magistrados
Sección Primera
Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca

Referencia: Demanda de nulidad electoral promovida por el SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES, PROCURAR, contra el nombramiento provisional del doctor **JUAN GUILLERMO SEPULVEDA ARROYAVE** como Procurador Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Bogotá, pero con funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa de los derechos Humanos, por violación del principio del mérito y el régimen de carrera administrativa.

Con solicitud de suspensión provisional.

Respetados Magistrados:

CINDY KARINA MARQUINES QUIÑONES, abogada en ejercicio, identificada con la cedula de ciudadanía número 1'019.085.315 y tarjeta profesional número 303.762 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder otorgado por el SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES, PROCURAR, a través de su Presidente, doctor PEDRO ALIRIO QUINTERO SANDOVAL (prueba aportada #1), en ejercicio del medio de control de nulidad electoral que consagra el artículo 139 del C.P.A.C.A., comedidamente acudo ante este Honorable Tribunal, con el fin de solicitarles que, previos los trámites de rigor, en sentencia de mérito, se acceda a la siguiente:

PRETENSIÓN

Se declare la nulidad del Decreto 605 del 22 de febrero de 2019, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad del doctor **JUAN GUILLERMO SEPULVEDA ARROYAVE** como Procurador 161 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Bogotá, código 3PJ, grado EC, Mientras dura la Comisión de **MÓNICA SANCHEZ MEDINA**, con funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa de los derechos Humanos (prueba aportada #2).

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN (CONTEXTO FÁCTICO Y JURÍDICO DE LA CONTROVERSI)

En orden cronológico:

1. **Sentencia de constitucionalidad que convirtió el cargo de Procurador Judicial en un cargo de carrera administrativa y ordenó la realización de un concurso de méritos para proveerlo.** Mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la expresión "*Procurador Judicial*" contenida en el numeral 2° del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, luego de considerar que la calificación que allí se hacía de dicho empleo como de *libre nombramiento y remoción*, resultaba contraria al mandato de homologación de derechos previsto en el artículo 280 superior, comoquiera que entre los derechos a ser homologados a favor de los Procuradores Judiciales se encuentra el que su empleo sea considerado de carrera administrativa. En esa misma providencia y como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad, la Corte Constitucional ordenó a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses convocara a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, el cual debía culminar a más tardar un año después de la notificación de la sentencia (prueba aportada #3).
2. **Régimen de carrera administrativa al cual quedó sujeto el cargo de Procurador Judicial por cuenta de la sentencia de constitucionalidad.** En la mencionada sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013 la Corte Constitucional hizo claridad acerca de que, en materia de derechos de carrera, lo ordenado por el artículo 280 superior es una mera equiparación de regímenes, al precisar que: "*una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los 'procuradores judiciales' es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación*" (subraya no original, prueba aportada #3). Similar precisión se reiteró por esa Corporación en el Auto 255 del 6 de noviembre de 2013 (prueba aportada #4). Luego, no hay duda de que el cargo de Procurador Judicial fue incorporado, por efecto de la sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, al régimen de carrera propio de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, regulado en forma especial por el Decreto Ley 262 de 2000.
3. **Reiteración de la orden judicial de convocar a concurso de méritos para proveer el cargo de Procurador Judicial.** La orden de convocar a concurso de méritos para la provisión del cargo de Procurador Judicial se reiteró en la sentencia T-147 del 18 de marzo de 2013, mediante la cual la Corte Constitucional ordenó a la Procuraduría General de la Nación que convocara "*el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y frente a las cuales no se ha convocado concurso de méritos*" (subraya no original, prueba aportada #5).
4. **Concurso de méritos para proveer el cargo de Procurador Judicial y convocatoria para el cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Penales.** En cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional, casi dos años después, mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, el señor Procurador General de la Nación reglamentó, a través de catorce convocatorias, el concurso de méritos para proveer en

125

propiedad todos los cargos de Procurador Judicial (prueba aportada #6). En el caso de los Procuradores Judiciales II para Asuntos Penales se trató de la convocatoria número 004-2015, en la cual se ofertaron 208 cargos en todo el país (prueba aportada #7).

5. **Lista de 366 elegibles para proveer 208 cargos de Procuradores Judiciales II para Asuntos Penales.** Una vez cumplidas todas las etapas del concurso convocado mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, se produjeron las listas de elegibles correspondientes a cada una de las catorce convocatorias. Fue así como, mediante la Resolución 357 del 11 de julio de 2016 (prueba aportada #8), publicada ese mismo día en la página web del concurso (www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co), el señor Procurador General de la Nación expidió la lista de elegibles correspondiente a la convocatoria número 004-2015, esto es, la realizada para proveer en propiedad 208 cargos ofertados de Procurador Judicial II para Asuntos Penales, conformada por 366 elegibles. Esta resolución se aclaró mediante la Resolución 358 del día siguiente (prueba aportada #9).
6. **Vigencia inicial de la lista de elegibles para Procuradores Judiciales II para Asuntos Penales.** La lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Penales estuvo vigente, en principio, por 2 años, esto es, hasta el 11 de julio de 2018, en cumplimiento de la regla de vigencia señalada en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000.
7. **Primeros nombramientos a partir de la lista de elegibles de la convocatoria 004-2015.** El 8 de agosto de 2016 se produjeron los primeros nombramientos en período de prueba en los cargos ofertados de Procurador Judicial II Penal.
8. **Nombramiento en período de prueba de la doctora MÓNICA SANCHEZ MEDINA como Procuradora 161 Judicial II Penal de Bogotá y su posterior inscripción en carrera administrativa.** Mediante Decreto 3712 del 8 de agosto de 2016 el Procurador General de la Nación nombró en período de prueba por cuatro meses como Procuradora 161 Judicial II Penal de Bogotá a la doctora MÓNICA SANCHEZ MEDINA (prueba aportada #10).
9. **Constitución de PROCURAR.** El 5 de mayo de 2017 se constituyó el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR; sindicato gremial que tiene por objeto la defensa del mérito como factor determinante del ingreso y permanencia en el cargo de Procurador Judicial (prueba aportada #11).
10. **Comisión especial concedida a la doctora MÓNICA SANCHEZ MEDINA.** Luego que la doctora MÓNICA SANCHEZ MEDINA superara el período de prueba y, por ende, adquiriera derechos de carrera administrativa, mediante Decreto número 604 del 22 de febrero de 2019 del Procurador General de la Nación, concedió comisión a la Dra. Sanchez en las funciones del cargo de Procurador Judicial II, Código #PJ, Grado EC, de la Procuraduría Delegada con Funciones de Intervención ante la Jurisdicción Especial para la Paz (prueba aportada #12).

11. **Petición de nombramiento por el sistema de mérito.** Enterados de las vacancias temporales que estaban, sobreviniendo en los cargos de Procuradores Judiciales Judicial I y II Penal, el 22 de enero de 2019, el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, solicitó al Procurador General de la Nación que dichos empleos fueran provistos con estricta sujeción al principio constitucional del mérito, proponiendo al efecto la figura del encargo (prueba aportada #13).
12. **Prórroga de la vigencia de la lista de elegibles.** Faltando pocos días para que por disposición legal las catorce listas de elegibles para los cargos de Procuradores Judiciales I y II perdieran vigencia (ver numeral 6 de este recuento), ocurrió que dicha vigencia fue suspendida mediante auto número 2018-07-0419-AP proferido el 6 de julio de 2018 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el proceso de acción popular radicado bajo el número 25000-234-1000-2018-00666-00. Esto, luego de constatarse el riesgo que para la moralidad administrativa entrañaba permitir que fenecieran las listas de elegibles que la Procuraduría General de la Nación mantuvo suspendidas de facto, sin justificación jurídica alguna, por varios meses (prueba aportada #14).

Fue así como, en cumplimiento de dicha orden, el señor Procurador General de la Nación proferió la Resolución 402 del 10 de julio de 2018, con la cual suspendió transitoriamente la vigencia de las listas de elegibles del concurso convocado mediante resolución 040 de 2015 (prueba aportada #15).

1. **ACTO ACUSADO.** Efectivamente, mediante Decreto 605 del 22 de febrero de 2019, publicado solo hasta el 15 de marzo de 2019, el Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad al Dr. Juan Guillermo Sepulveda Arroyave como Procurador 161 Judicial II Penal de Bogotá, con funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, mientras dura la comisión especial de la Dr. Sanchez Medina, (prueba aportada #2).
2. **Levantamiento de la medida cautelar en virtud de la cual se suspendió la vigencia de las catorce listas de elegibles para los cargos de Procuradores Judiciales I y II.** Días después de proferido el acto acusado, mediante auto número 2018-09-0585-AP proferido el 18 de septiembre de 2018 por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca en el proceso de acción popular radicado bajo el número 25000-234-1000-2018-00666-00 se levantó la medida cautelar en virtud de la cual se suspendió la vigencia de las catorce listas de elegibles (prueba aportada #16).

Decisión que cobró ejecutoria solo hasta el día 11 de marzo de 2019, es decir que a la fecha de la realización de nombramiento acusado, las listas de elegibles para los cargos de Procurador Judicial I y II estaban vigentes. Así lo señaló este Tribunal Subsección A, en sentencia del 25 de abril de 2019,

expediente N° 250002341000201800862-00, Magistrado ponente Dr. Luis Manuel Lasso Lozano.

3. **Personas con mejor derecho a ser nombradas.** Como quiera que para la fecha en que se expidió el decreto de nombramiento cuestionado se encontraba vigente y sin agotar en su integridad la lista de elegibles para proveer el cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Penales, no hay duda de que en la planta de personal de la entidad había personas con mejor derecho que el demandado para ocupar el cargo de Procuradora 161 Judicial II para Asuntos de Penales.

Teniendo en cuenta que se trata de una vacante temporal la que se suplió mediante el nombramiento acusado, es necesario distinguir los siguientes grupos de personas con mejor derecho:

Primer grupo: Sin duda alguna tenían mejor derecho las personas que para entonces se encontraban en la lista de elegibles vigente para el cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Penales (ver prueba #8), pues tal lista no había sido agotada.

Segundo grupo: Además de las personas elegibles -en su caso mediante nombramiento provisional-, también tenían mejor derecho las personas interesadas en ser encargadas y que, siendo titulares de derechos de carrera administrativa en los cargos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, satisfacían las exigencias legales para ello.

4. **Carencia de derechos de carrera administrativa en cabeza de la demandada.** El doctor JUAN GUILLERMO SEPULVEDA ARROYAVE no es titular de derechos de carrera administrativa. Tampoco hace parte de ninguna de las catorce listas de elegibles que resultaron del concurso convocado mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015 del Procurador General de la Nación. Esto último, según se advierte al revisar cada una de esas catorce listas, las cuales son consultables en la página oficial del concurso:

www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co

5. **Casos idénticos en los que la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca le ha dado la razón a PROCURAR.** Mediante auto 2018-10-621-E dictado el 17 de octubre de 2018 en el proceso radicado bajo el número 25-000-23-41-000-2018-00790-00, se declaró la suspensión provisional, por violación al principio del mérito y al régimen de carrera administrativa, del nombramiento provisional dispuesto mediante el Decreto 2592 del 28 de mayo de 2018 del señor Procurador General de la Nación, esto es, el que recayó sobre la doctora MAGDA PATRICIA ROMERO OTÁLVARO como Procuradora 33 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Bogotá (prueba aportada #17). Luego,

mediante sentencia dictada por Ustedes el 2 de noviembre de 2018 en el proceso radicado bajo el número 25-000-23-41-000-2018-00096-00, se declaró la nulidad, por violación al principio del mérito y al régimen de carrera administrativa, del nombramiento provisional dispuesto mediante el Decreto 5715 del 30 de octubre de 2018 del señor Procurador General de la Nación, esto es, el que recayó sobre el doctor HERMAN RINCÓN CUÉLLAR como Procurador 100 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Bogotá (prueba aportada #18).

La segunda de tales providencias se pronunció respecto de una situación fáctica idéntica a la del doctor JUAN GUILLERMO SEPULVEDA ARROYAVE en tanto que el nombramiento provisional que mediante esa decisión se declaró estaba viciado fue resultado, como ocurre en este caso, de una indebida interpretación de las principios que rigen la carrera administrativa.

Además de los referentes antes mencionados, el Consejo de Estado a través de fallo de primera instancia en Acción de Tutela, interpuesta por la Procuraduría General de la Nación contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera- Subsección B. Radicado N° 11001-03-15-000-000-2019-00709-00, (Prueba aportada # 19) Magistrado Ponente Alberto Montaña Plata, en esta ocasión la Sala señaló que no estaba configurado el defecto sustantivo alegado

“Al respecto, sea lo primero indicar que, en la Sentencia enjuiciada por vía de Tutela, la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca manifestó que el Decreto 5715 de 30 de octubre de 2017, mediante el cual se nombró en provisionalidad al señor Herman Rincón Cuéllar, estaba viciado de nulidad porque (a) “se debe preferir nombrar provisionalmente en el empleo de carrera a un servidor que se encuentre en turno en la lista de elegibles (...), por la de que, la persona de carrera ingresó mediante concurso, lo que lleva consigo las garantías de ser favorecido con los nombramientos en provisionalidad, como un amañera de estimular la estabilidad del servidor en la administración, y no que se provea dicha vacante temporal con quien no esté en carrera, como ocurrió en este caso, que se designó al señor Herman Rincón Cuéllar, quien no se encuentra registrado en la lista de elegibles para el cargo materia de discusión, no pertenece a la carrera administrativa”, y (b) el acto de nombramiento en provisionalidad no cumplió con la carga de motivación de este tipo de actos administrativos, pues se emitió “sin sustento jurídico ni factico (como) tampoco acreditó que el señor Herman Rincón Cuéllar cumpliera los requisitos legales para el desempeño del empleo a proveer” (...)

Asimismo, debe manifestarse que el uso de la lista de elegibles para proveer en provisionalidad las vacantes temporales de un cargo de carrera que hizo parte de la convocatoria del concurso, no afecta de forma alguna los derechos de (1) el o la titular del cargo que accedió al mismo a través de concurso, pues, en el caso concreto, sus derechos de carrera están intactos al estar en una situación administrativa laboral que la separó temporalmente del cargo, ni (2) del elegible en turno que se designare en provisionalidad, pues dada la naturaleza de su nombramiento, así como la temporalidad del mismo, (a) no adquiere derechos de carrera por el mero nombramiento en esas condiciones, (b) no se trata de un nombramiento en periodo de prueba que implique con posterioridad la inscripción de

aquel en carrera, ni (c) hace que pierda su turno dentro de la lista de elegibles a la que pertenece.

Explicado el contexto fáctico y jurídico de la controversia procedo a precisar enseguida las razones por las que el acto de nombramiento acusado es contrario a derecho.

CARGO DE NULIDAD

1. Causal de nulidad:

La causal de nulidad que en este caso se invoca contra el acto administrativo acusado es la denominada *"infracción de las normas en que debería fundarse"*, prevista como causal de nulidad electoral en los artículos 137 y 275 del C.P.A.C.A.

La mencionada causal de nulidad se configura en el acto acusado por cuanto al momento de su expedición la autoridad demandada incurrió en violación de determinadas reglas jurídicas que desarrollan el principio de constitucional del mérito como criterio determinante del ingreso a los cargos públicos de carrera.

En los siguientes apartes se precisa el contenido de cada una de las disposiciones constitucionales y legales desconocidas, así como de la subregla jurisprudencial transgredida (numeral 2), para luego explicar en detalle el concepto de su violación (numeral 3) y finalizar con algunas reflexiones útiles para la correcta interpretación del marco normativo conforme al cual deben resolverse los problemas jurídicos aquí planteados (numerales 4 y siguientes).

2. Contenido de las normas de carrera administrativa violadas (constitucionales, legales y jurisprudenciales):

El contenido normativo de las disposiciones jurídicas que se consideran transgredidas por el acto acusado es el siguiente, presentadas en orden jerárquico:

2.1 De la Constitución Política, el principio del mérito como criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de los empleos de carrera:

"ARTICULO 125. (...)

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

(...)"

Como surge de su tenor literal, la norma constitucional es clara en proscribir, en materia de provisión de cargos de carrera, todo nombramiento discrecional o que, en la práctica, desconozca el sistema del mérito y, por ende, las reglas de

carrera administrativa a las que está sometido el ingreso a los cargos sometidos a ese sistema.

2.2 Del sistema general de carrera administrativa, el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 que consagra la figura del encargo como mecanismo preferente para la provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa:

Sin perjuicio de la existencia de una lista de elegibles para el caso concreto, en caso de que la vacante a proveer mediante el acto acusado haya sido transitoria, resulta pertinente al caso la siguiente norma del régimen general de carrera:

"Artículo 25. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera."

La regla anterior, que supone el deber de todo nominador de agotar de manera preferente el encargo por sobre el nombramiento provisional en caso de vacancias temporales, es aplicable tanto al sistema general de carrera como a los sistemas específicos, entre ellos, el de la Procuraduría General de la Nación. Así lo precisó la Comisión Nacional del Servicio Civil en respuesta a las consultas radicadas bajo los números 22821 de 2008, 54342 de 2012, 56283 de 2012 y 2013-05-28 de 2013 (prueba aportada #20).

En efecto, en el último de los citados conceptos, la Comisión Nacional del Servicio Civil sostiene con toda claridad (destacado no original, prueba aportada #20):

"3. CARACTERÍSTICAS.

A la luz de la normatividad vigente, es necesario resaltar las siguientes características jurídicas de la figura del encargo:

- **NATURALEZA MIXTA.** *El encargo es un modo de provisión transitoria de los empleos de carrera, pero también constituye un derecho preferencial de carrera.*
- **CARÁCTER REGLADO DEL ENCARGO COMO DERECHO.** *El agotamiento del procedimiento para la provisión transitoria por encargo, su concesión a quien detente el mejor derecho y cumpla con los requisitos, su desarrollo y terminación se encuentran presupuestados en la ley. Para su otorgamiento, deben concurrir ciertos elementos de hecho y de derecho exigidos por el ordenamiento. El carácter reglado de la figura de encargo implica entre otros aspectos, que éste se predica respecto de un sujeto calificado, esto es, el empleado titular de derechos de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la ley, para hacerse a creador al encargo. La figura del encargo no puede aplicarse respecto de servidores nombrados en provisionalidad o en empleos de otra naturaleza (...)*

- ES UN MECANISMO PREFERENTE DE PROVISIÓN TRANSITORIA DE EMPLEOS DE CARRERA. El procedimiento de encargo debe agotarse de manera preferente al nombramiento en provisionalidad. Sólo en defecto de la posibilidad de otorgar un encargo para la provisión transitoria de un empleo de carrera en vacancia temporal, es procedente acudir al nombramiento en provisionalidad. Así mismo, debe tenerse en cuenta que, el deber de agotar de manera preferente el encargo, por sobre el nombramiento en provisionalidad es aplicable, tanto al sistema general de carrera como a los sistemas específicos.

(...)

- TRANSITORIEDAD. Siendo un modo de provisión transitoria el encargo no tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo, sino que por el contrario, tiene un carácter temporal, que debe ser establecido desde el momento mismo de la concesión.

(...)

- EL ENCARGO ES UN MECANISMO DE PROVISIÓN QUE CONCEDE UNA ESTABILIDAD PRECARIA. Esto significa que el encargo debe ceder ante la provisión definitiva del empleo por cualquiera de los mecanismos de provisión establecidos en la Ley y, que la estabilidad en el empleo no es equiparable a la que se adquiere a través de los mecanismos de provisión definitiva.

- EL DERECHO A ENCARGO SUSCEPTIBLE DE SER EXIGIDO POR VÍA DE RECLAMACIÓN DE CARRERA. Siendo un derecho preferencial del empleado de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la norma, este derecho puede exigirse mediante el procedimiento de reclamación de carrera, dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 760 de 2005.

(...)"

2.3 Del sistema específico de carrera de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, contenido en el Decreto Ley 262 de 2000, las siguientes normas:

En primer lugar, la regla que otorga a los elegibles el derecho a ser nombrados en cualquier tipo de vacante (definitiva o transitoria) que se presente en el mismo empleo para el cual se concursó o en otro igual:

"ARTÍCULO 216. Lista de elegibles. (...)

El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles."

Para los efectos de este artículo, tratándose de vacantes transitorias, debe entenderse que el nombramiento del elegible tendrá que ser en provisionalidad, en atención a lo señalado en el artículo 82, literal c), del Decreto Ley 262 de 2000.

En segundo lugar, si la vacante a proveer por el acto acusado era transitoria, además de la regla anterior referida a los elegibles, también son aplicables al caso las que regulan la figura del encargo y que deben ser interpretadas conforme al principio constitucional del mérito en tanto criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de dichos empleos (artículo 125 superior) y conforme al artículo 25 de la Ley 909 de 2004:

"ARTÍCULO 185. Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.

El empleo del cual sea titular el servidor encargado podrá proveerse por encargo o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular.

Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.

Parágrafo. Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1º de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000."

"ARTÍCULO 187. Provisión de los empleos por vacancia temporal. Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.

El servidor encargado tendrá derecho a la diferencia entre el sueldo de su empleo y el señalado para el empleo que desempeña temporalmente, siempre que no sea percibido por su titular."

2.4 De la jurisprudencia constitucional, la subregla que impone el deber de motivación de los nombramientos provisionales en cargos de carrera:

La jurisprudencia constitucional ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en cargos de carrera administrativa, en el sentido de

imponer al nominador la carga de justificar las razones por las cuales se recurre a las vías de excepción para proveer cargos de carrera.

Dicha subregla jurisprudencial se estructura a partir de lo considerado, entre otras, en las sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2001, T-392 de 2005, C-733 de 2005 y especialmente en la C-753 de 2008, oportunidad en la que la Corte Constitucional sostuvo (subraya no original):

"Así mismo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a los vías de excepción para proveer cargos de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso."

De la anterior exposición esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley; (ii) que el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; (iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionales no justificadas; (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos *motivados*."

La anterior subregla jurisprudencial es exigible tanto en el sistema general de carrera administrativa como en los regímenes especiales y específicos. Para corroborar tal afirmación basta con advertir que la anterior transcripción corresponde a la *ratio decidendi* conforme a la cual la Corte Constitucional declaró la exigibilidad condicionada del artículo 74 del Decreto Ley 91 de 2007, norma propia del sistema especial de carrera del Sector Defensa que autotiza los nombramientos provisionales y en encargo en dicho Sector.

De hecho, la decisión de la Corte al respecto, aplicable a todo sistema de carrera, fue la siguiente:

"5.2 Declarar EXEQUIBLE de manera condicionada el inciso primero del artículo 74 del Decreto 091 de 2007 en el entendido que la provisión de cargos en provisionalidad o en encargo en la administración del sector defensa se realizará hasta cuando se provea el cargo respectivo mediante concurso público o hasta cuando se reintegre el titular del cargo, según sea el caso; así mismo deberá ser justificada mediante acto administrativo motivado."

¹ Ver, Sentencias T-800 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada en T-884 de 2001, MP: Clara Inés Vargas, T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra, C-733 de 2005, MP: Clara Inés Vargas.

en donde se deberán exponer las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesario dicha provisión excepcional."

Así precisado el alcance de cada una de las reglas infringidas, procedemos a explicar las razones por las cuales las consideramos desconocidas en el caso concreto.

3. Concepto de violación de las reglas y subregla jurisprudencial infringidas (yerros endilgados a la administración):

Con la expedición del Decreto 605 del 22 de febrero de 2019 el Procurador General de la Nación desconoció la naturaleza reglada que, por aplicación del principio constitucional del mérito (artículo 125 superior), se predica de todo acto de nombramiento que recaiga en un cargo de carrera administrativa, como es en este caso el de Procurador Judicial.

En concreto, las omisiones que se censuran a la administración al momento de expedir el acto acusado fueron las tres siguientes:

- **Primera omisión** En caso de haber comprobado que ningún empleado de carrera de la Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado (cuestión que deberá probar la parte demandada), omitió acudir a la figura del nombramiento provisional del elegible que sigue en turno; mecanismo que en el régimen especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación se impone en virtud de lo señalado en el inciso final del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en armonía con lo señalado en el artículo 82, literal c), ibídem. En este caso, de haberse comprobado que ningún empleado de carrera de la Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado, era deber de la administración utilizar la lista de elegibles que se encontraban vigentes para el cargo de Procurador Judicial Penal II.
- **Segunda omisión:** teniendo en cuenta que la vacante que se suplió mediante el acto acusado era transitoria, omitió acudir a la figura del encargo que, según el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, constituye el mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, incluso de los que pertenecen al régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con la doctrina autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la interpretación que, según esos referentes normativos, debe darse a la figura del encargo prevista en los artículos 185 y 187 del Decreto Ley 262 de 2000.
- **Tercera omisión:** Omitió motivar la decisión, pues contrario a lo exigido por la ya precisada subregla de la jurisprudencia constitucional (sentencia C-753 de 2008), ninguna explicación ofrece el acto acusado en punto a las *razones del servicio* que obligaron al Procurador General de la Nación a prorrogar un nombramiento provisional. Es decir, no solamente no explicó las razones para no preferir un nombramiento en provisionalidad (de integrante de la lista de elegibles) o un nombramiento en encargo, sino para

acudir a un nombramiento provisional que recayó en alguien cuyo derecho a ocupar el cargo no provino del sistema de méritos, puesto que se trataba de una persona que (i) ni integra alguna de las listas de elegibles vigentes (al momento de expedición del acto) para proveer cargos iguales y de similares requisitos, (ii) ni es titular de derechos de carrera administrativa.

4. El principio del mérito, en cuanto eje definitorio de nuestro modelo estatal, resulta de obligada observancia como *"fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado"*, como son en este caso todas las normas violadas por el acto acusado contenidas en el Decreto Ley 262 de 2000.

La jurisprudencia nacional se ha ocupado de definir el valor y principales desarrollos del principio del mérito en tanto elemento de la esencia o de la identidad de nuestro modelo constitucional.

Dentro del conjunto de pronunciamientos emitidos al respecto, la sentencia C-588 de 1999 de la Corte Constitucional es quizá el pronunciamiento más destacable, dado que mediante él, por primera vez en Colombia, se declaró inexecutable en su totalidad un acto reformativo de la Carta Política que, por desconocer el principio del mérito, se le consideró sustitutivo del ordenamiento constitucional.

En esa oportunidad la Corte sintetizó así la importancia del principio del mérito en nuestro ordenamiento (se eliminaron de la cita los pies de página):

"Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional (...), bajo el entendimiento de que los principios 'suponen una delimitación política y axiológica', por cuya virtud se restringe 'el espacio de interpretación', son 'de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional' y tienen un alcance normativo que no consiste 'en la enunciación de ideales', puesto que 'su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser' (...)"

La trascendencia del principio del mérito se aprecia mejor si se advierte que no se trata de un principio constitucional como cualquier otro, sino que es uno de aquellos que, según la jurisprudencia constitucional, constituyen un verdadero *eje axial, presupuesto esencial, elemento definitorio, cimiento principal o principio basilar* de nuestro modelo estatal, en cuanto asegura la realización de importantes propósitos constitucionales.

En ese sentido es la sentencia C-588 de 1999 (se eliminó de la cita el pie de página):

"De esas relaciones ha sido plenamente consciente la Corte, pues ha considerado que la carrera administrativa constituye 'un presupuesto esencial' para la realización de propósitos constitucionales que ha clasificado en tres categorías, a saber: (i) la garantía del

cumplimiento de los fines estatales y de la función administrativa, (ii) la preservación y vigencia de algunos derechos fundamentales de las personas y (iii) la vigencia del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública.”

También la sentencia C-563 de 2000:

“(…) siguiendo los presupuestos que definió la jurisprudencia como esenciales para la configuración de un principio de rango constitucional, al analizar el contenido y alcance de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, el intérprete puede, sin lugar a equívoco, reivindicar la carrera administrativa como un principio del ordenamiento superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.”

Así mismo la sentencia C-673 de 2015:

“(…) según ha interpretado y reiterado de forma sistemática esta Corporación, la carrera administrativa es un eje definitorio del ordenamiento constitucional porque provee el método que mejor protege los principios del mérito, la transparencia, la eficacia y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos del Estado. Por esa razón, el sistema de carrera tiene un carácter general y preferente para la provisión de los servidores estatales, en tanto garantiza la selección objetiva del personal más idóneo y calificado para brindar eficacia y eficiencia a la administración pública.”

Igualmente la sentencia C-645 de 2016 (se eliminaron de la cita los pies de página):

“5. Pese a que nuestra Constitución Política no define expresamente los aspectos transversales que permiten la afirmación del Estado como social y de derecho, lo cierto es que desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional ha destacado la relevancia de muchos de los valores y principios previstos por el Constituyente de 1991 con el objeto de brindar dicha especificidad, análisis que con posterioridad adquirió connotaciones más fuertes al considerar que esos elementos de identidad de nuestro sistema no podían ser removidos ni siquiera por quien ejerce funciones de Constituyente derivado (…).”

Uno de los ejes que precisamente desempeñan tal rol es el de la carrera administrativa, cuyo contenido y alcance ha ocupado el ejercicio jurisdiccional por parte de esta Corte desde sus años iniciales de funcionamiento (…), y permitido, tras un periodo de construcción de una sólida jurisprudencia, su reafirmación como principio basilar del ordenamiento jurídico (…).”

Ahora bien, siguiendo los desarrollos técnicos del principio del mérito en la jurisprudencia constitucional nos encontramos con que la ya citada sentencia C-673 de 2015 precisó como la relevancia del principio del mérito dentro del

Estado Social y de Derecho ha sido justificada en torno a tres criterios que son los siguientes (se eliminaron de la cita los pies de página):

"8.1. El primero corresponde al criterio histórico, según el cual durante la historia del constitucionalismo colombiano (...) ha existido una constante preocupación por establecer en las reformas constitucionales desde 1957 (...) y en la ley, la preeminencia de la carrera administrativa frente a otras formas de selección de personal, ello con el fin de eliminar las prácticas clientelistas, el 'amiguismo' o el nepotismo en la conformación de la burocracia estatal, y de establecer el ingreso de funcionarios eficientes para el cumplimiento de las finalidades del Estado a partir de la valoración del mérito de los aspirantes. De esta forma, en el marco de la necesidad de fortalecer el modelo democrático, la carrera administrativa se constituye en la regla general y en una variable indispensable para la concepción de un Estado democrático.

8.2. El segundo criterio es de carácter conceptual y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un principio constitucional (...) que tiene como aspecto nodal la consideración del mérito como base determinante para el ingreso, permanencia y retiro de los cargos del Estado.

(...)

8.3. El tercer criterio es de naturaleza teleológica, toda vez que se relaciona con las finalidades que cumple la carrera administrativa como eje preponderante en el andamiaje constitucional, como quiera que articula varios propósitos definidos por el constituyente, a saber: (i) permite el reclutamiento, a través de concursos de méritos, de personal óptimo y capacitado para el ejercicio de la función pública, con el fin de brindar transparencia, eficacia y eficiencia en la administración pública (...); (ii) materializa el derecho a la igualdad de los ciudadanos que aspiran al ejercicio de un cargo público (art. 13 de la Carta) y garantiza el respeto por la disposición constitucional según la cual todos los ciudadanos tienen derecho a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40 ibídem) (...); y, (iii) proporciona una estabilidad laboral a los servidores que cumplen sus funciones con sujeción a la Constitución y a la ley (art. 53 ibídem) (...)."

Deteniéndonos en el segundo criterio mencionado, esto es, desde el punto de vista estrictamente conceptual que define los principios como verdaderas reglas que restringen el espacio de interpretación, el principio del mérito constituye una regla interpretativa de obligada observancia al momento de precisar el alcance de toda norma que se ocupe de regular el ingreso a un cargo público.

En efecto, el entendimiento del principio del mérito como regla interpretativa de ese tipo de normas fue precisada en la sentencia C-533 de 2010 así (destacado no original):

"(...) el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público, y (ii) conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y las finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes".

Es claro, entonces, que en virtud de la especial naturaleza del principio del mérito y su carácter de elemento definidor de nuestro modelo estatal, todo operador jurídico está en el deber de interpretar toda norma sobre ingreso a los cargos públicos en el sentido en que ella *mejor realice* los propósitos constitucionales a los que sirve y persigue el principio del mérito.

5. Precedentes jurisprudenciales que defienden la naturaleza reglada de toda actuación administrativa orientada a proveer empleos de carrera:

No son pocos los precedentes jurisprudenciales que en sede constitucional y administrativa defienden la naturaleza eminentemente reglada de *toda* nombramiento que recaiga en un cargo de carrera administrativa, bien sea para proveer una vacante transitoria o una vacante definitiva.

Gracias a esa sólida jurisprudencia hoy día no se discute la sujeción que debe garantizar el nominador al principio del mérito y a las reglas de carrera administrativa siempre que deba proveer, definitiva o transitoriamente, un empleo de carrera.

Del conjunto de sentencias que integran dicha línea jurisprudencial, destacamos las siguientes por considerarlas ilustrativas para resolver el caso planteado:

Sentencia C-713 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre el deber de acudir a las listas de elegibles tratándose de la provisión de empleos de carrera transitorios:

"(...) es cierto que los jueces de descongestión tienen vocación de transitoriedad y, por lo tanto, sus titulares no pertenecen a la carrera judicial. Sin embargo, la Corte quiere llamar la atención, con especial rigor, para dejar en claro que en virtud de los principios constitucionales de transparencia e igualdad, y del mérito como criterio de acceso a la función pública, su designación hace inexcusable tomar en cuenta y respetar el orden de las listas de elegibles, conformadas por quienes han agotado todas las etapas del concurso de mérito y se encuentran a la espera de su nombramiento definitivo. Sólo de esta manera la creación de jueces de descongestión es compatible con los principios que rigen la función pública y la designación de los jueces, en particular el mérito."

Sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre la naturaleza excepcional del nombramiento en provisionalidad o en encargo en materia de provisión de cargos de carrera administrativa:

"De la anterior exposición esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley; (ii) que el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; (iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionalmente no justificadas; (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique

dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados."

Sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de abril de 2015 en el expediente 76001-23-33-000-2014-01181-01, acerca del carácter reglado de los encargos:

"2.3.4.4. De lo anterior puede concluirse:

- i) El encargo es un derecho de los servidores públicos de carrera.
- ii) El encargo siempre debe sujetarse a las disposiciones legales que lo regulan.
- iii) El encargo hace parte de los incentivos no pecuniarios.
- iv) Los incentivos hacen parte de la política estatal para mejorar el desempeño laboral de los empleados y premiar la excelencia.
- v) Los incentivos pueden ser pecuniarios o no pecuniarios, los cuales, en todo caso, se otorgarán conforme a las normas legales correspondientes.
- vi) Es obligación del jefe de las entidades públicas fijar anualmente el plan de incentivos para los empleados."

6. La Procuraduría General de la Nación, en su misión preventiva y disciplinaria, propugna por el respeto del principio del mérito en la provisión de todo cargo de carrera administrativa.

Con el único propósito de ilustrar al Tribunal acerca de la posición que, como ente de control, tiene la Procuraduría General de la Nación en cuanto al deber de todo nominador de dar estricta aplicación del principio del mérito en la provisión de los empleos de carrera, me permito traer a colación dos recientes pronunciamientos de la entidad, uno en materia preventiva y otro en materia disciplinaria:

- Por una parte, el exhorto hecho mediante el Boletín 04 del 4 de enero de 2018, mediante el cual el señor Procurador General hizo un llamado a todas las entidades públicas en punto al debido adelantamiento de los procesos meritocráticos a fin de que "en el año 2020 la provisión de cargos vacantes en un 95% se haga por concurso, en pro de la transparencia, eficiencia y calidad del capital humano a nivel nacional y territorial" (prueba aportada #21).
- Y, por otra parte, el pliego de cargos formulado en el expediente IUS 2016-24484 contra determinados nominadores de una entidad territorial, por haber incurrido eventualmente en desconocimiento del derecho al encargo regulado en la Ley 909 de 2004 (prueba aportada #22).

Lo anterior, como se anunció, con fines meramente ilustrativos.

7. La vacancia temporal que se presente en un cargo de carrera administrativa no lo convierte, ni siquiera transitoriamente, en un cargo de libre nombramiento.

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección

popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Nótese cómo, en un claro desarrollo del principio del mérito, quiso el constituyente que la regla general para los empleos de los órganos y entidades del Estado fuera la carrera administrativa. Luego, por mandato constitucional, la provisión de la mayoría de los cargos públicos siempre deberá estar mediada por un concurso público de méritos.

Ahora bien, una de las excepciones admitidas a la mencionada regla general es la que autoriza el mismo artículo 125 superior bajo la figura de los cargos denominados de libre nombramiento y remoción, llamados así porque se encuentran sometidos a las exigencias discrecionales del nominador dada la naturaleza de las funciones que ejercen, pues se trata de empleos a los que les son asignadas tareas de dirección y manejo que, aunque regladas, exigen un elevado nivel de confianza.

Bajo ese contexto normativo, que privilegia el acceso a los empleos públicos por el sistema de méritos y justifica sólo de manera excepcional los nombramientos discrecionales -al limitarlos al escenario de los cargos denominados de libre nombramiento y remoción-, es como debe entenderse el verdadero alcance de las facultades del nominador al momento de suplir las vacantes transitorias que se presenten en cargos de carrera administrativa, esto es, en empleos que, por definición, deben ser provistos mediante concurso de méritos.

Ciertamente, en estos eventos de provisión transitoria el ordenamiento jurídico no autoriza al nominador a hacer uso de discrecionalidad alguna, precisamente porque el supuesto fáctico que explica y justifica la provisión y el retiro discrecionales exclusivamente en los cargos de libre nombramiento y remoción (relación de confianza que exigen las funciones de dirección y manejo), jamás se presenta en los cargos de carrera, ni siquiera transitoriamente.

Precisamente por ello el artículo 125 superior, sin distinción alguna en cuanto al tipo de vacancia (temporal o definitiva), prevé la siguiente forma de ingreso a los cargos de carrera:

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

En síntesis, si las labores de quien será nombrado en provisionalidad no exigen una relación de confianza -dado que se trata de las funciones propias de un cargo de carrera administrativa-, nada autoriza a que la provisión de ese empleo, aunque transitoria, sea discrecional del nominador, pues dicha discrecionalidad, que es excepcional, está circunscrita a un tipo de empleos también excepcionales: los cargos de libre nombramiento y nada más.

8. En el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación se encuentra incorporado el derecho al encargo regulado en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, en cuanto norma que regula un "eje

esencial" del sistema general de carrera administrativa, del cual dicho régimen de excepción no es independiente, sino una *"mera derivación"*. Además, porque considerar lo contrario introduciría una inconstitucional diferencia de trato en contra de los servidores a quienes injustificadamente se negaría ese derecho.

El artículo 25 de la Ley 909 de 2004 impone la figura del encargo como mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa. Tal disposición desarrolla lo que comúnmente se le conoce como *derecho al encargo*.

No obstante, no son pocas las ocasiones en que al interior de las entidades sometidas a regímenes especiales o específicos de carrera, a la hora de proveer vacancias temporales se sostiene la imposibilidad de aplicar en dichos regímenes de excepción el *derecho al encargo* regulado de manera general en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004.

A dicha estratagema se acude, la mayoría de las veces, con el único propósito de favorecer intereses distintos al general a través de nombramientos provisionales del todo discrecionales que, en la práctica, no solamente desconocen el *derecho al encargo*, sino que se traducen en una burla al principio del mérito conforme al cual, según se vio, debe proveerse todo cargo público y, con mayor razón, los de carrera administrativa, aun cuando sea transitoriamente.

Pues bien, de acogerse en este caso una interpretación que plantee la inaplicabilidad en el caso concreto del artículo 25 de la Ley 909 de 2004 no solamente se atentaría contra el principio del mérito como *fórmula interpretativa* de toda norma sobre acceso a los cargos públicos, sino contra la prevalencia que en todo régimen específico o especial de carrera administrativa, como es el de la Procuraduría General de la Nación, debe darse a los *ejes esenciales o mínimos* del sistema general, siendo uno de ellos el *derecho al encargo* regulado en el mencionado artículo.

En otras palabras, si bien es cierto que a primera vista pareciera que la forma de suplir las vacancias temporales en los cargos de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación fue un asunto íntegramente regulado por el Decreto Ley 262 de 2000 bajo una figura distinta a la del encargo, no puede dejarse de lado la necesaria remisión que debe hacerse en esta materia a los *ejes esenciales o mínimos* del sistema general de carrera administrativa contenidos en la Ley 909 de 2004, entre ellos, el *derecho al encargo* regulado en su artículo 25.

Las razones de esta última afirmación se explican a continuación.

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, los regímenes especiales o específicos de carrera administrativa no son estatutos autónomos e independientes del sistema general, sino que constituyen una *mera derivación* de éste, al punto de que se justifican siempre y cuando no se traduzcan en la práctica en una diferencia de trato injustificada para cierta clase de servidores públicos respecto de los derechos y beneficios previstos como *mínimos* en dicho estatuto general.

En ese sentido se pronunció la sentencia C-563 de 2000 (destacado no original):

"No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o 'sistemas especiales' como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia."

Y mas extensamente la sentencia C-1230 de 2005:

"(...) la existencia de los sistemas especiales no pretende excluir del régimen de carrera al personal de las entidades estatales sometidas al mismo, sino diseñar sistemas alternos o complementarios considerando sus particulares circunstancias, esto es, teniendo en cuenta la singularidad y especificidad de las funciones y tareas a ellas asignadas, las cuales no permiten homologación con las que normalmente llevan a cabo otros organismos del Estado.

(...)

Acorde con los presupuestos que justifican la creación de los sistemas especiales de carrera, la Corte ha señalado que el ejercicio de la competencia legislativa en esa materia es regulada, en el sentido que la misma debe ejercerse de conformidad con los parámetros constitucionales que orientan el servicio público y, en particular, el régimen de la carrera. Así, reiterando la posición jurisprudencial, en la precitada Sentencia C-563 de 2000 esta Corporación sostuvo que para efectos de la configuración de los sistemas especiales de carrera, el legislador debe tener en cuenta, tanto la singularidad y especificidad de las funciones que corresponde cumplir a las distintas entidades estatales, como los principios básicos que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia.

Sobre el particular, explicó la Corporación que el diseño de los sistemas especiales de carrera debe estar amparado en un principio de razón suficiente, toda vez que su regulación tiene que estar precedida de una juiciosa y cuidadosa evaluación acerca de la verdadera especialidad de las funciones que cumple el respectivo órgano o institución, de manera que se pueda garantizar, por una parte, que la inclusión en el ordenamiento jurídico de un nuevo sistema específico de carrera va a contribuir en forma efectiva y eficaz al cumplimiento y realización de las funciones que le han sido asignadas por la Constitución y la ley a la entidad beneficiaria del mismo, y por la otra, que no se van a reconocer diferencias de trato para ciertos sectores de servidores públicos que no se encuentran debidamente justificadas y que puedan degenerar en una violación del principio de igualdad de trato.

(...)

Amparada en los criterios que delimitan la competencia legislativa para crear los sistemas específicos de carrera, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que dichos

sistemas, aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese sólo hecho como regímenes autónomos e independientes. Al respecto, ha precisado la Corporación que los sistemas específicos son en realidad una derivación del régimen general de carrera en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose en esos casos la expedición de una regulación complementaria más flexible, que permita armonizar y hacer compatible el sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades.

Para este Tribunal, la filosofía que inspira la carrera administrativa como mecanismo general para provisión de cargos en el servicio público, permite inferir que, en materia de sistemas específicos de origen legal, la facultad del legislador está circunscrita exclusivamente a la posibilidad de 'flexibilizar' las garantías y reglas previstas en el régimen general de carrera, en procura de adaptar estas últimas a la singularidad y especificidad de las funciones que le hayan sido asignadas a una determinada entidad, manteniendo en todo caso los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia.

(...)

En los términos expuestos, caben dos conclusiones básicas. Que el régimen común de la carrera se constituye en la regla general para la provisión, permanencia y retiro de los servidores públicos; y que el legislador es competente para crear sistemas específicos de carrera cuando las circunstancias particulares así lo exijan, siendo el propósito de tal habilitación el de armonizar, en cada caso concreto, el régimen general de carrera a las características específicas que identifican a ciertas entidades del Estado, lo cual a su vez ha permitido ubicar a dichos regímenes dentro de la estructura del sistema general de carrera administrativa."

De acuerdo con lo anterior es posible extraer las siguientes dos subreglas, aplicables al caso concreto:

- Al momento de interpretarse o aplicarse un régimen especial o específico de carrera no pueden introducirse diferencias de trato irrazonables desde el punto de vista constitucional frente a los derechos y beneficios mínimos previstos en el sistema general de carrera administrativa, pues todo régimen especial o específico no es más que una mera derivación de este último.
- Los regímenes especiales o específicos de carrera podrán apartarse del régimen general de carrera administrativa solamente en aquellos aspectos puntuales que pugnen o choquen con la especialidad funcional reconocida a la entidad y que justifica el respectivo régimen especial o específico.

De modo que, comoquiera que ninguna razón objetiva existe para considerar que en el régimen de excepción de la Procuraduría General de la Nación el *derecho al encargo* es una figura jurídica que pugna o choque con la especialidad funcional de la entidad la conclusión para el caso concreto no puede ser otra que la siguiente: entender

que el derecho al encargo regulado en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, en cuanto *eje esencial* del sistema general de carrera administrativa, por natural incorporación hace parte del régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación.

En similar sentido se pronunció la Comisión Nacional del Servicio Civil, según se aprecia en los conceptos citados, especialmente el 22821 del 26 de agosto de 2008, oportunidad en la que, con fundamento en la jurisprudencia citada en la demanda, esa autoridad concluyó en la aplicabilidad del *derecho al encargo* en el régimen específico de carrera administrativa de las Superintendencias, así:

"(...) el derecho a encargo constituye uno de los ejes esenciales del sistema de carrera administrativa que ha sido regulado por el legislador ordinario y, que se sobrepone a la dimensión específica y especial de ésta.

(...)

Lo expuesto permite inferir que, los sistemas específicos de origen legal, se justifican en la singularidad y especificidad de las funciones que le hayan sido asignadas a una determinada entidad, debiéndose mantener en todo lo demás, los presupuestos esenciales de la carrera general fijados en la Constitución y desarrollados en la ley general que regula la materia.

Luego, bajo el entendido de que la prerrogativa de encargo de los empleados de carrera constituye un derecho básico que informa la carrera administrativa, que además, en las actuales circunstancias, resulta ser el único que reivindica la razón de ser de la misma, pues no existen escenarios más idóneos para exaltar sus virtudes y estimular a los empleados cobijados en ella y, que no existe justificación legal amparada en un principio de razón suficiente para introducir diferencias en su aplicación dentro del sector de las superintendencias, la Comisión Nacional del Servicio Civil, atendiendo la posición constitucional de prevalencia de los principios básicos de la carrera, considera que el reconocimiento del derecho preferencial a encargo debe predicarse respecto de todas las Superintendencias.

En tal virtud, para proveer temporalmente los empleos del sistema específico de carrera administrativa de las Superintendencias, deberá agotarse la figura del encargo antes de entrar a considerar la utilización de nombramientos en provisionalidad.

Tal posición consulta, el sentido natural y constitucional de la carrera administrativa como mecanismo de profesionalización y restablecimiento del mérito en el empleo público y, contribuye al reconocimiento y promoción de dicho sistema como medio y fin dentro del proceso de mejoramiento del Estado en la dimensión de prestación del servicio público."

Como se aprecia, lo considerado respecto de la aplicabilidad del *derecho al encargo* en el régimen específico de carrera de las Superintendencias es perfectamente trasladable al escenario del régimen propio de la Procuraduría General de la Nación.

Así las cosas, de conformidad con lo considerado en las sentencias C-563 de 2000 y C-1230 de 2005 y en los conceptos ya citados de la Comisión Nacional del Servicio Civil nos preguntamos:

¿Existe alguna razón jurídicamente válida para entender que a los servidores de carrera de la Procuraduría General de la Nación no les resulta aplicable el *derecho al encargo* regulado como derecho mínimo de la generalidad de los servidores de carrera en el artículo 25 de la Ley 909 de 2004?

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Se sustenta de conformidad con los requisitos formales indicados en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A. aplicables al caso, así:

1. **Tipo de medida.** Comedidamente solicito que, como medida cautelar se disponga la señalada en el artículo 230, numeral 3, del C.P.A.C.A., esto es, la consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado en nulidad, contenido en el Decreto 605 del 22 de febrero de 2019, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad, por el tiempo que dure la comisión de servicios concedida a la Dra. Mónica Sanchez Medina, al doctor JUAN GUILLERMO SEPULVEDA ARROYAVE como Procurador 161 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Bogotá con funciones en la Procuraduría Delegada para los Derechos Humanos, código 3PJ, grado EC (prueba aportada #2).
2. **Causal de procedencia.** En los términos del primer inciso del artículo 231 del C.P.A.C.A., me remito al capítulo anterior de esta demanda, en donde se expusieron en detalle los argumentos por los cuales se configura en este caso la violación de los artículos 125 superior, 25 de la Ley 909 de 2004 y 185, 187 y 216 del Decreto Ley 262 de 2000, así como de la subregla jurisprudencial de la Corte Constitucional que impone el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en empleos de carrera administrativa, sean éstos del sistema general de carrera administrativa o de alguno de los sistemas específicos.

En concreto, por haber incurrido la entidad demandada en las siguientes tres omisiones:

- **Primera omisión** En caso de haber comprobado que ningún empleado de carrera de la Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado (cuestión que deberá probar la parte demandada), omitió acudir a la figura del nombramiento provisional del elegible que sigue en turno; mecanismo que en el régimen especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación se impone en virtud de lo señalado en el inciso final del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en armonía con lo señalado en el artículo 82, literal c), ibídem. En este caso, de haberse

comprobado que ningún empleado de carrera de la Procuraduría General de la Nación satisfacía los requisitos de ley para ser encargado, era deber de la administración utilizar la lista de elegibles que se encontraban vigentes para el cargo de Procurador Judicial Penal II.

- **Segunda omisión:** teniendo en cuenta que la vacante que se suplió mediante el acto acusado era transitoria, omitió acudir a la figura del encargo que, según el artículo 25 de la Ley 909 de 2004, constituye el mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, incluso de los que pertenecen al régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con la doctrina autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil y la interpretación que, según esos referentes normativos, debe darse a la figura del encargo prevista en los artículos 185 y 187 del Decreto Ley 262 de 2000.
 - **Tercera omisión:** Omitió motivar la decisión, pues contrario a lo exigido por la ya precisada subregla de la jurisprudencia constitucional (sentencia C-753 de 2008), ninguna explicación ofrece el acto acusado en punto a las *razones del servicio* que obligaron al Procurador General de la Nación a prorrogar un nombramiento provisional. Es decir, no solamente no explicó las razones para no preferir un nombramiento en provisionalidad (de integrante de la lista de elegibles) o un nombramiento en encargo, sino para acudir a un nombramiento provisional que recayó en alguien cuyo derecho a ocupar el cargo no provino del sistema de méritos, puesto que se trataba de una persona que (i) ni integró alguna de las listas de elegibles vigentes (al momento de expedición del acto) para proveer cargos iguales y de similares requisitos, (ii) ni es titular de derechos de carrera administrativa.
3. **Juicio de ponderación de intereses.** En caso de considerarse exigible para este tipo de medidas cautelares el cumplimiento del requisito de procedibilidad regulado en el artículo 231, numeral 3, del C.P.A.C.A., es del caso informar que, de no accederse ahora a la suspensión solicitada resultaría más gravoso para el interés público esperar hasta la ejecutoria de la sentencia para que la administración ajuste su proceder en el sentido de proveer el cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería conforme al principio del mérito y reglas de carrera administrativa que lo desarrollan y que, según se explicó en el capítulo anterior, fueron abiertamente desconocidas.
- Nótese, por ejemplo, que de esperarse hasta ese momento procesal, lo más seguro es que ya habrá perdido vigencia la lista de elegibles correspondiente a la convocatoria del cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Penales. De manera que, para entonces ya no será posible acudir a una de las posibilidades legales de provisión del cargo, según el sistema específico de carrera aplicable al caso: la regulada en el inciso final del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000.
4. **Caución.** Aun cuando la caución no procede cuando la medida solicitada es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos o cuando se actúe en defensa de la legalidad en abstracto, comedidamente

solicito que, de llegar a considerarse necesario, prestar caución, a la mayor brevedad se siga el trámite señalado en el artículo 232 del C.P.A.C.A.

OPORTUNIDAD PARA DEMANDAR

De conformidad con el artículo 164, numeral 2, literal a), del C.P.A.C.A., en casos como éste la oportunidad para demandar es la siguiente:

"Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código".

Aplicada dicha regla de oportunidad al caso concreto y teniendo en cuenta que la publicación del acto de nombramiento acusado ocurrió el 15 de marzo de 11:49:40 am. (Prueba aportada #23), el plazo para demandar su nulidad vencerá el próximo 07 de mayo de 2019, descontándose en este conteo los días inhábiles, por tratarse de un plazo en días y no en meses o años (artículos 67 y 70 del C.C. y 118 del C.G.P.).

INAPLICABILIDAD DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL PREVIA

El medio de control de nulidad electoral no es de aquellos que requieran agotar la conciliación prejudicial administrativa como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículos 37 de la Ley 640 de 2001, 161 del C.P.A.C.A. y 2.2.4.3.1.1.2 del Decreto 1069 de 2015).

COMPETENCIA

Es competencia de este Tribunal, en única instancia, por la naturaleza del asunto y por el factor territorial (Tribunal del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios), en los términos del artículo 151, numeral 13, del C.P.A.C.A., según interpretación fijada en auto dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 10 de octubre de 2016 en el expediente 11001-03-28-000-2016-00069-00 (prueba aportada #24).

PRUEBAS QUE SE APORTAN

1. Certificado de existencia y representación legal del Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR.
2. Copia del Decreto de nombramiento en provisionalidad número 605 del 22 de febrero de 2019 del Procurador General de la Nación (acto acusado).
3. Copia de la Sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional.
4. Copia del Auto 255 de 2013 de la Corte Constitucional.
5. Copia de la sentencia T-147 de 2013 de la Corte Constitucional.
6. Copia de la Resolución 040 de 2015 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se convocó a concurso para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II.
7. Copia de la Convocatoria 004-2015 correspondiente al cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Penales.
8. Copia de la Resolución 357 del 11 de julio de 2016 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se adoptó la lista de elegibles para proveer el cargo de Procuradores Judiciales Penales II.
9. Copia de la Resolución 358 del 12 de julio de 2016 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual aclaró la resolución anterior.
10. Copia del Decreto 3712 del 8 de agosto de 2016 del Procurador General de la Nación, por medio del cual se nombró en periodo de prueba a la Dra. Mónica Sanchez Medina como Procuradora Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Bogotá.
11. Copia del acta de constitución del Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR.
12. Copia del Decreto 604 del 22 de febrero de 2019 del Procurador General de la Nación, por medio del cual se concedió comisión de servicios a la Dra. Mónica Sanchez Medina.
13. Copia de la petición elevada por el Sindicato de Procuradores Judiciales.
14. Copia del auto de suspensión de la vigencia de las listas de elegibles dictado por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de julio de 2018 en el expediente 25000-234-1000-2018-00666-00.
15. Copia de la Resolución 402 del 10 de julio de 2018 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual suspende transitoriamente la vigencia de las listas de elegibles resultantes del concurso para proveer los cargos de Procurador Judicial I y II.
16. Copia del auto de levantamiento de la medida de suspensión de vigencia de las listas de elegibles dictado por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de septiembre de 2018 en el expediente 25000-234-1000-2018-00666-00.
17. Copia del auto 2018-10-621-E dictado el 17 de octubre de 2018 en el proceso radicado bajo el número 25-000-23-41-000-2018-00790-00.
18. Copia de la sentencia dictada el 2 de noviembre de 2018 en el proceso radicado bajo el número 25-000-23-41-000-2018-00096-00.
19. Copia de la sentencia dictada el 23 de abril de 2019 en el proceso radicado bajo el número 11001-03-15-000-000-2019-00709-00.
20. Copia de los conceptos emitidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil en respuesta a las consultas radicadas bajo los números 22821 de 2008, 54342 de 2012, 56283 de 2012 y 2013-05-28 de 2013.
21. Copia del boletín de prensa 04 del 4 de enero de 2018.
22. Copia del pliego de cargos formulado en el expediente IUS 2016-24484.

23. Certificación sobre la fecha de publicación del nombramiento acusado.
24. Auto dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 10 de octubre de 2016 en el expediente 11001-03-28-000-2016-00069-00.

PRUEBAS QUE ESTÁN A CARGO DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Al momento de decretar las pruebas en la audiencia inicial, ruego tener en consideración la carga procesal que el parágrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A. impone a la entidad pública demandada, así:

"Parágrafo 1º. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.

(...)

La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto."

Por tanto, de no aportarse con la contestación el expediente administrativo que contiene la actuación administrativa que culminó con la expedición del acto acusado, esto es, **todo lo relacionado con la naturaleza de la vacante que dio lugar a la prórroga demandada, así como la motivación de dicho nombramiento**, comedidamente solicito que en la audiencia inicial se ordene compulsar copias para la investigación disciplinaria del caso y llegado el momento de dictar sentencia dar aplicación al artículo 241 del C.G.P.

ANEXOS

1. Poder para actuar.
2. Copia en medio magnético de lo descrito en el capítulo de pruebas.
3. Tres copias en medio magnético de la demanda y de sus anexos para el traslado a los dos demandados y al Ministerio Público.
4. Copia en medio magnético de la demanda y sus anexos, para el archivo.

DETERMINACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1. Demandante: Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, representado por su Presidente.
2. Entidad demandada: Procuraduría General de la Nación, representada legalmente por el Procurador General de la Nación.
3. Nombrado demandado: Doctor JUAN GUILLERMO SEPULVEDA ARROYAVE.

4. Sujetos procesales especiales: Agente del Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

NOTIFICACIONES

1. La entidad demandada recibe notificaciones judiciales en la carrera 5 # 15-80 de la ciudad de Bogotá D.C. y en las direcciones de correo electrónico:

procesosjudiciales@procuraduria.gov.co
juridica@procuraduria.gov.co

2. El nombrado demandado recibe notificaciones judiciales en su oficina, la cual, según las funciones asignadas en el acto acusado, corresponde a la carrera 5 # 15-80, piso 15, Sede Principal PGN, de la ciudad de Bogotá.

También en el correo electrónico:

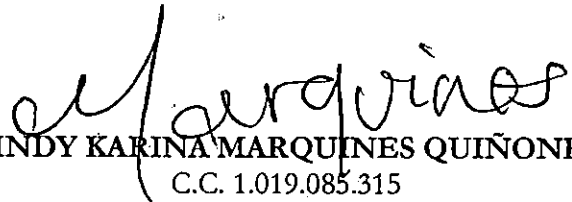
jgsepulveda@procuraduria.gov.co

A fin de evitar demoras y eventuales nulidades, se solicita al funcionario citador de la Secretaría del Tribunal que, sin perjuicio de acudir al correo electrónico suministrado, la notificación del auto admisorio a la nombrada demandada se haga con estricta sujeción a las especiales ritualidades del artículo 277 del C.P.A.C.A., norma especial para esta clase de procesos.

3. El Sindicato demandante en la carrera 10 # 16-82, pisos 5° y 6°, de la ciudad de Bogotá, Teléfono 5878750 extensión 14873 y en las siguientes direcciones de correo electrónico:

sindicatodeprocuradores@gmail.com
procurar@procuraduria.gov.co

Atentamente,


CINDY KARINA MARQUINES QUÍÑONES
C.C. 1.019.085.315
T.P. 303.762 del C. S. de la J.