



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SECRETARIA

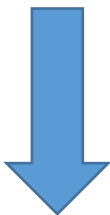
TRASLADO EXCEPCIONES PARG.2. ART. 175 CPACA

MAGISTRADO DR. EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

No. PROCESO	PARTES	INICIA	FINALIZA
2020-01037	NULIDAD ELECTORAL LOURDES MARIA DIAZ MONSALVO VS JONATHAN DAVID PIÑEROS MONTAÑA	23 OCTUBRE DEL 2020	27 OCTUBRE DEL 2020

FIJO el presente **TRASLADO** por el término de 3 días hábiles, hoy **VEINTIDOS (22) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)**, en lugar visible de la Secretaría de este Tribunal, término que de conformidad a lo previsto en el art. 110 del CGP, empieza a correr el **VEINTITRES (23) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)**, a partir de las 7:00 de la mañana. Se **DESIJA** el presente traslado, el **VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)**, a las 4:00 de la tarde.

VER EXCEPCIONES A CONTINUACIÓN



Doctor
EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS
MAGISTRADO PONENTE
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
E. S. D.

ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA

REFERENCIA: MEDIO DE CONTROL NULIDAD ELECTORAL
RADICADO 2020-01037-00

DEMANDADO: JONATHAN DAVID PIÑEROS MONTAÑA
C.C. 1.030.618.478 DE BOGOTÁ

DEMANDANTE: LOURDES MARÍA DÍAZ MONSALVO
C.C. 1.082.943.577

Respetado Doctor,

ANGIE YULIETH MONSALVE VERGARA, mayor de edad, identificada con la cedula de ciudadanía número 1.032.441.144 expedida en Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional número 241.668 del Consejo Superior de la Judicatura, con domicilio en la ciudad de Bogotá, actuando en nombre y representación del Señor demandado **JONATHAN DAVID PIÑEROS MONTAÑA**, conforme al poder que se adjunta, por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término procesal señalado en la Ley, me permito dar contestación a la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

I. A LOS HECHOS

AL HECHO PRIMERO:

No es cierto. Con el artículo 87 del Decreto 718 de 31 de 2020, *“Por medio del cual se prorrogan unos nombramientos provisionales”*, no se prorrogó el nombramiento en provisionalidad de mi representado.

AL HECHO SEGUNDO:

No es cierto. Con el Decreto 0054 de 30 de enero de 2020, *“Por medio del cual se hace un nombramiento en provisionalidad”*, no se nombró en provisionalidad a mi poderdante.

AL HECHO TERCERO:

No es un hecho, no nos consta y la Sentencia citada, *“N° 2020-07-084 E”*, no se encuentra adjunta al traslado de la demanda.

II. A LOS FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN

AL PRIMER FUNDAMENTO:

Si bien la Constitución Política establece el mérito como criterio, no es menos cierto que en el ordenamiento legal colombiano es planamente valido realizar

nombramientos en provisionalidad, es decir que el nombramiento de mi prohijado es un acto valido y legal.

AL SEGUNDO FUNDAMENTO:

De conformidad con el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, el cual es citado por la demandante, el Procurador General de la Nación para proveer un empleo de carrera podrá hacerlo mediante **un nombramiento en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño** o en encargo, por tanto, el Procurador General de la Nación se encontraba plenamente facultado para expedir el acto acusado y nombrar en provisionalidad al demandado.

En relación con los requisitos exigidos para el desempeño del cargo, la Procuraduría General de la Nación, por conducto del Jefe de Gestión Humana, previo a la expedición del Decreto 047 de 13 de enero de 2020 con el cual se nombró en provisionalidad a mi apoderado, verificó y certificó que el Señor JONATHAN DAVID PIÑEROS MONTAÑA *“cumple con los requisitos señalados en el Decreto Ley 263 de 2000 y el Manual de Funciones vigente para el desarrollo del cargo”*, tal como se lee en el Acta de Posesión número 0069 de 03 de febrero de 2020, la cual se adjunta a este escrito de contestación.

AL TERCER FUNDAMENTO:

Lo concerniente a la convocatoria a que se refiere la demandante, este un asunto de competencia de la Procuraduría General de la Nación.

III. A LA CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA

Invoca la demandante como cargo único de nulidad, la infracción de las normas en que debía fundarse, lo cual a su juicio conlleva a una expedición irregular del acto administrativo demandado.

Al respecto es importante recordar que, para el caso que nos ocupa, la motivación del acto administrativo demandado es la propia voluntad de la administración, fundada en las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 262 de 2000, acorde con la realidad fáctica y jurídica en razón servicio que cumple la Procuraduría General de la Nación.

Igualmente, con relación a las presuntas omisiones que aduce la demandante, debe mencionarse lo siguiente:

- Sobre las presuntas omisiones primera y tercera: Como se expresó con antelación, la motivación del acto administrativo demandado es la propia voluntad de la administración, fundada en las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 262 de 2000, acorde con la realidad fáctica y jurídica en razón servicio que cumple la Procuraduría General de la Nación, además, sostener que el acto administrativo no se motivó es desconocer que la entidad estatal evaluó la necesidad del servicio y que en respuesta a dichas necesidades evaluó el perfil profesional del demandado.

Se reitera que, la Procuraduría General de la Nación, por conducto del Jefe de Gestión Humana, previo a la expedición del Decreto 047 de 13 de enero de 2020 con el cual se nombró en provisionalidad a mi apoderado, verificó y certificó que el Señor JONATHAN DAVID PIÑEROS MONTAÑA *“cumple con los requisitos señalados en el Decreto Ley 263 de 2000 y el Manual de Funciones vigente para el desarrollo del cargo”*, tal como se lee en el Acta de Posesión número 0069 de 03 de febrero de 2020.

- Sobre la presunta omisión segunda: Como ya se resaltó, el Procurador General de la Nación, de acuerdo con las opciones contenidas en el Decreto Ley 262 de 2000, tiene la posibilidad de proveer cargos con **un nombramiento en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño** o con la figura de encargo.

Finalmente, cabe resaltar que el Acto Administrativo demandado fue expedido de manera legal por el funcionario competente y goza de presunción de legalidad en tanto no haya sido sacado del ordenamiento jurídico por un juez administrativo, a la luz de este precepto las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación y de mi prohijado son plenamente legales y válidas.

IV. **A LAS PRETENSIONES**

Me opongo a la prosperidad de la pretensión de la demanda, de conformidad con las respuestas a los hechos y los fundamentos de la demanda, y las excepciones de mérito que a continuación formulo.

V. **EXCEPCIONES DE MERITO O DE FONDO**

Con el fin de sustentar la oposición a la pretensión de la demanda me permito formular las siguientes excepciones:

1. Inexistencia de la disposición demandada.

Pretende la Señora demandante que “*Se **DECLARE LA NULIDAD del artículo 87 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020**, por medio del cual, el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad, por el término de seis meses, a JONATHAN DAVID PILEROS [SIC] MONTAÑA, quien se identifica con cédula de ciudadanía no. 1030618478 en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CÓDIGO 3PU GRADO 17, DE LA PROCURADURÍA PROVINCIAL DE TUMACO, CON FUNCIONES EN LA PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA...*” (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Al respecto se aclara al Tribunal que el artículo 87 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020 no contiene el nombramiento en provisionalidad de mi poderdante, como de manera errónea lo asevera la demandante, es más, no contiene un nombramiento sino una prórroga. El artículo 87 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020 es el siguiente:

ARTÍCULO OCHENTA Y SIETE. - Prorrogar el nombramiento en provisionalidad, a **DIEGO ALFREDO ARCOS GÓMEZ**, quien se identifica con la Cédula de Ciudadanía No. 6.771.843, en el cargo de Profesional Universitario, Código 3PU Grado 17, de la Procuraduría Regional de Boyacá, en el cargo de ELIZABETH PARRA RODRIGUEZ, con funciones en la Procuraduría Segunda Delegada para la Moralidad Pública.

Es decir que la demandante pretende la nulidad de una disposición que no existe.

2. Inexistencia de la disposición en la que sustenta los hechos.

Relaciona la demandante en el hecho segundo que “*El Procurador General, expidió el **Decreto 0054 de 30 de enero de 2020**... que en su artículo [SIC] único promulgó el nombramiento en provisionalidad de JONATHAN DAVID PIÑEROS MONTAÑA, en cargo P PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CÓDIGO 3PU GRADO 17, DE LA PROCURADURÍA PROVINCIAL DE TUMACO, CON FUNCIONES EN LA*

PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA MORALIDAD PÚBLICA... (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Se aclara al Tribunal que el Decreto 0054 de 30 de enero de 2020 no contiene el nombramiento en provisionalidad de mi poderdante, como de manera errónea lo asevera la demandante. El Decreto 0054 de 30 de enero de 2020 es el siguiente:



VI. PRUEBAS

Solicito que se tengan como prueba los siguientes documentos:

1. Acta de Posesión número 0069 de 03 de febrero de 2020.
2. El Decreto 0054 de 30 de enero de 2020, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación hizo un nombramiento en provisionalidad.
3. Decreto 718 de 31 de julio de 2020, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación prorrogó unos nombramientos provisionales.

VII. ANEXOS

Poder para actuar.

Documentos relacionados en el acápite de pruebas.

VIII. NOTIFICACIONES

La suscrita las recibirá en la Avenida Carrera 30 # 26 – 31, apartamento 501, torre S, Conjunto Residencial B.C.H. Primer Sector, Barrio Acevedo Tejada, en la ciudad de Bogotá D.C. Correo electrónico angie.monsalve@gmail.com, celular 3102338447.

Atentamente,

[Original firmado]

ANGIE YULIETH MONSALVE VERGARA

C.C. No. 1.032.441.144 de Bogotá

T.P. 241.668 del C.S.J.

angie.monsalve@gmail.com



Señores:

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO
SALA PRIMERA DE DECISIÓN.**

M.P. DR. EDGAR GUILLERMO CABRERA RAMOS

E. S. D.

Clase : Nulidad electoral.
Radicación : 2020-01037-00
Demandante : Lourdes María Díaz Monsalvo
**Demandado : Procuraduría General de la Nación y JONATHAN
DAVID PIÑEROS MONTAÑA.**

GABRIEL JULIAN PORRAS CASTILLO, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando conforme al poder conferido por la Jefe de la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, estando dentro de la oportunidad legal¹, doy contestación a la demanda de la referencia, en los siguientes términos:

CAPÍTULO PRIMERO: A LOS HECHOS.

Procedo a contestar los hechos de la demanda, así:

Al hecho 1: Es parcialmente cierto, como quiera que el señor Procurador General de la Nación expidió en decreto 718 del 31 de julio de 2020, en donde prorrogó el nombramiento en provisionalidad del señor PIÑEROS MONTAÑA, el cual se hizo en el art. 64 y no el art. 87 como lo señala la demandante; igualmente el decreto 718 de 2020 fue emitido de acuerdo a la norma y a los postulados jurisprudenciales, en donde no existe el deber legal de motivarlo, como se explicara en el capítulo de los argumentos de la defensa.

Al hecho 2: No es cierto, ya que el señor Procurador General de la Nación, con la expedición del decreto 54 del 30 de enero de 2020, no promulgó el nombramiento en provisionalidad del señor PIÑEROS MONTAÑA.

Al hecho 3: No es un hecho, es una apreciación de la demandante.

CAPÍTULO SEGUNDO: FRENTE A LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Señala el extremo activo, que la Constitución Política establece el principio de mérito como criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de los empleos de carrera, exponiendo un aparte del art. 125.

¹ El Auto de Admisión de la demanda fue notificado el 01 de octubre de 2020 a través del buzón procesosjudiciales@procuraduria.gov.co



Manifiesta que el Decreto 262 de 2000, establece que *“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. (...)”* Del cual es posible concluir que el encargo es la medida prioritaria y la provisionalidad es una opción secundaria.

Así mismo, aduce que la terminación del nombramiento provisional, por tanto, se hace prórroga, desconociendo lo que establece el Decreto 262 de 2000 en el artículo 185 que indica: “Efectuado el nombramiento por encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento.”

CAPÍTULO TERCERO: A LAS PRETENSIONES.

Al respecto, manifiesto que **ME OPONGO A LAS PRETENSIONES** formuladas por la parte actora, por cuanto será demostrado en el proceso que la actuación de la Procuraduría General de la Nación estuvo totalmente ajustada al ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO CUARTO: ARGUMENTOS DE LA DEFENSA.

4.1. El problema jurídico.

El problema jurídico se centra, en un primer momento, en determinar la competencia para la expedición del acto administrativo demandado, en general su legalidad, y si la parte demandante está cumpliendo con la tarifa legal requerida para promover la presente actuación.

4.2. Análisis del régimen que regula la carrera administrativa y los sistemas especiales de carrera.

Según lo dispuesto en el artículo 125 Constitucional, el régimen general de ingreso, permanencia y ascenso a los empleos públicos debe regirse por las normas que regulan la Carrera Administrativa, con excepción de los de elección popular, los de



libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

De igual forma, el artículo 130 Superior creó la Comisión Nacional del Servicio Civil como responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos a excepción de las que tienen un carácter especial.

Ahora bien, en el caso particular de la Procuraduría General de la Nación, se advierte que tiene un sistema de carrera de carácter **especial** y se encuentra regulado por el Decreto Ley 262 de 2000. En ese contexto, se precisa que el Acto Administrativo demandado se fundó en dicha disposición.

Conforme lo anterior, lo primero que hay que advertir es que las disertaciones y citas que realiza la parte actora en el concepto de violación sobre la Ley 909 de 2004, conceptos de la Comisión Nacional del Servicio Civil y fallos judiciales proferidos entorno al análisis al régimen de carrera general no son aplicables al régimen especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, dado a que este se maneja por sus propias reglas, procedimientos y marco jurídico, de ahí, que no tiene vocación de prosperidad los cargos endilgados al acto acusado basados en esos argumentos.

Expuesto lo anterior, resulta necesario estudiar la clase de empleos y la forma de provisión que existe al interior del sistema especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, según el anotado Decreto Ley 262 de 2000. Veamos:

“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 fuera del texto original)

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, tal y como lo disponen los artículos 185 y 187 del Decreto Ley 262 de 2000, que a la letra exponen:

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. (Negritas y subrayado fuera de texto)."*

"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."* (Negritas y mayúsculas propias).

De los artículos citados, resulta pertinente centrarse en dos expresiones fundamentales que le dan sentido al texto y exponen la forma en la cual debe aplicarse esas disposiciones. Así, en las normas se cita tres veces la palabra "PODRÁ" y la expresión "O".

La palabra "PODRÁ" y "O" se lee en el primer inciso del artículo 185 ibídem cuando se indica que el Procurador General de la Nación: "**PODRÁ nombrar en encargo a empleados de carrera, O en provisionalidad**", y se repite la primera expresión en el segundo inciso cuando se indica: "el Procurador General de la Nación **PODRÁ nombrar a cualquier persona en provisionalidad**". Por su parte, en el artículo 187 se



consiga: “**PODRÁN** ser provistos por encargo **O** en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.”

La palabra “PODRÁ”, según la RAE significa: “*tener expedita la facultad o potencia de hacer algo*”, esto es, que, conforme a la redacción de la norma y su interpretación literal, es claro que el Procurador General de la Nación tiene la potestad de escoger para proveer una vacante definitiva en un empleo de carrera un nombramiento en provisionalidad o en encargo, sin que este último, como lo afirma la apoderada de la parte actora, sea de obligatorio cumplimiento.

Respecto a la vocal “O” la Real Academia refiere que es una disyuntiva que denota alternativa, por lo que es claro que el Procurador General de la Nación tiene la posibilidad de proveer empleos vacantes en cargos de carrera administrativa en provisionalidad o a través de encargo.

De conformidad con lo anterior, bajo el sentido literal de las dos expresiones analizadas, se tiene que existe una facultad legal discrecional en cabeza del Procurador General de la Nación de proveer las vacantes en empleos de carrera a través de nombramientos en provisionalidad o encargo sin que ninguna de las dos prevalezca sobre la otra.

Respecto a la anotada 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, la Corte Constitucional en sentencia C – 077 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, sostuvo:

“4. El demandante plantea que el nombramiento en provisionalidad contemplado en las disposiciones parcialmente acusadas es contrario a la regulación constitucional de la carrera administrativa, en cuanto impide el acceso a los cargos públicos mediante concurso público, con base en los méritos y calidades de los aspirantes, permitiendo que aquellos sean ejercidos por sujetos que no cumplen los requisitos constitucionales y legales, y quebranta el principio de igualdad de todas las personas, al negarles dicho acceso.

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), y que el encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, tendrán un término que podrá prorrogarse (Art. 188).

5. Como se indicó, la regla general 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.

Por su parte, el Art. 279 de la Constitución, en relación específicamente con la gestión de personal de la Procuraduría General de la Nación, consagra que la ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de dicha entidad, regulará 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 del organismo.

(...)

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 subraya fuera del texto original).

Por lo anterior, al verificarse que el Procurador General de la Nación a través del acto acusado ejerció correctamente sus facultades legales discrecionales, esto es, de escoger la provisión del empleo vacante mediante la provisionalidad.

4.3. Del principio de congruencia para resolver el asunto en debate – carga de la prueba en cabeza de la parte actora.

El principio de congruencia ha sido interpretado como “*una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión*”².

En virtud del principio de congruencia, consagrado en el artículo 281 del CGP, en concordancia con el 306 de la Ley 1437 de 2011, y dado que en ninguno de los hechos de la demanda se identifica a cualquier funcionario en carrera administrativa como funcionario con derecho a ocupar el cargo bajo la figura de encargo o en provisionalidad, equivoco sería proferir fallo accediendo a las pretensiones de la demanda.

Igualmente, se ha precisado que este principio tiene una caracterización externa; cuando el fallo está en armonía con lo pedido y alegado por las partes, y una interna cuando existe coherencia entre lo dispuesto en la parte resolutive y lo argüido en la parte motiva de la providencia. Por ello, la jurisprudencia indica que el principio de congruencia procesal tiene como finalidad que: i) la providencia se encuentre en

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” Consejo Ponente Dr. César Palomino Cortés, radicación número: 25000-23-42-000-2014-01139 (2458-15)

concordancia y armonía entre lo probado y lo pedido por las partes garantizando un debido proceso.

Respecto a la carga de la prueba que les asiste a los demandantes en el medio de control de nulidad electoral de demostrar que existía alguien de carrera que podía ocupar el empleo, el Consejo de Estado en reciente sentencia del 6 de febrero de 2020 dentro del radicado No. 25000-23-41-000-2019-00289-01, M.P. Rocío Araújo Oñate expuso:

“66. Esta Corporación inicialmente había sostenido la tesis que para controvertir la legalidad de los nombramientos en provisionalidad en cargos pertenecientes a la carrera diplomática y consular, la parte actora debía cumplir con la carga procesal de demostrar que para la fecha de la designación existían funcionarios del mismo rango inscritos en el escalafón de carrera y que estos empleados no se encontraban en cumplimiento del período de alternación.

67. No obstante, a partir de las sentencias de tutela proferidas por la Sección Quinta de esta Corporación del 12 de marzo de 2015 y 23 de abril de 2015, se consideró que si en el plenario existía medio probatorio que permitiera concluir que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular acreditaba al momento de la designación más de doce (12) meses en el período de alternación, éste se constituía como funcionario disponible para el nombramiento, con fundamento en lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

*68. Sobre el particular la Sala Electoral en sentencias de 31 de marzo de 2016³⁴, 23 de febrero³⁵ y 30 de marzo de 2017³⁶ precisó que: “De acuerdo con la anterior línea jurisprudencial es posible extraer las siguientes reglas relacionadas con la designación en provisionalidad en cargos del régimen de carrera diplomática y consular: 37 (i) La designación en provisionalidad de funcionarios en cargos pertenecientes a la carrera diplomática y consular, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del Decreto Ley 274 de 2000, se ajusta a la ley cuando se demuestre: (a) el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 61 *Ibídem* por parte de la persona designada en provisionalidad; y, (b) la falta de disponibilidad de funcionarios inscritos en la carrera diplomática y consular para ocupar el respectivo cargo. (ii) El requisito de la disponibilidad no se cumple: (a) cuando los funcionarios inscritos en el respectivo escalafón en la carrera diplomática y consular que se encuentran ocupando cargos de menor jerarquía están cumpliendo el período de alternación; o, (b) cuando éstos, a pesar de estar cumpliendo el período de alternación en el exterior, no han cumplido el período de 12 meses en la sede respectiva para que puedan ser designados excepcionalmente en otro cargo en el exterior, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.”*



En esa misma línea argumentativa, el Tribunal Administrativo de Bolívar en sentencia del 21 de febrero de 2020 al resolver una demanda de nulidad electoral igual a la de la referencia de forma negativa, expuso:

“Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra esta judicatura a que no le asiste razón a la parte accionantes, como quiera que no logró demostrar el carácter privilegiado que le asiste a la figura del encargo de los empleados que disfrutaban derechos de carrera, en las condiciones en la que lo establece la Ley 909 de 2004, como quiera que la misma solo aplica al régimen de la Procuraduría General de la Nación, de forma subsidiaria, más no principal. Además, tampoco se demostró en el proceso que existieran empleados en la institución pública, que pudiera ocupar el Procurador Judicial I, al cumplir con los requisitos previstos en el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 como es, tener una calificación de servicio 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.”

Conforme lo anterior, se tiene que, en el presente asunto, la parte actora no demostró que algún servidor en carrera de la Procuraduría General de la Nación cumpliera con los requisitos generales y específicos para el cargo y que el señor PIÑEROS MONTAÑA incumpliera los requisitos para ocupar el empleo, motivo por el cual deben negarse las pretensiones de la demanda.

4.4. De la Falta de motivación

Señala el extremo activo que la entidad estaba obligada a motivar el acto administrativo acusado.

Ahora, la Constitución Política prevé en los artículos 277 y 278 las funciones del Procurador como supremo director del órgano de control, y en ninguna de ellas se establece una regla tan detallada como la relacionada con el deber de motivar los actos de nombramiento, tanto ordinarios como en provisionalidad, que realice. Solamente en el numeral 6º del artículo 278 se indica como función del Procurador la de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia. En este sentido se tiene que en el Decreto Ley 262 de 2000, tampoco se prevé una regla en la cual se determine que el nominador deba motivar los nombramientos en provisionalidad, y menos explicar las razones o motivos que conllevaron al nominador a realizar un nombramiento en provisionalidad y no en encargo, tal como lo sugiere la parte actora.

No obstante, esta defensa considera pertinente traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2018 dentro del radicado No. 110010325000201000064 00 (0685-2010), M.P. Gabriel Valbuena Hernández en el cual indicó al momento de analizar el cargo de *“falta de motivación”*, lo siguiente:



“Con el fin de analizar este punto, es aconsejable resaltar que la motivación de los actos administrativos constituye un elemento necesario para la validez de un acto administrativo. Es condición esencial que existan unos motivos que originen su expedición y que sean el fundamento de la decisión que contienen.

En otras palabras, deben existir unas circunstancias o razones de hecho y de derecho que determinan la expedición del acto y el contenido o sentido de la respectiva decisión.

*Los motivos son entonces el soporte fáctico y jurídico que justifican la expedición del acto administrativo y el sentido de su declaración y, por lo general, cuando por disposición legal deben ponerse de manifiesto, aparecen en la parte considerativa del acto. **En todo caso, aunque no se mencionen expresamente los motivos, debe existir una realidad fáctica y jurídica que le brinde sustento a la decisión administrativa”** (Negrillas fuera de texto).*

Conforme la interpretación del Consejo de Estado, la motivación del acto no necesariamente debe estar únicamente en la parte motiva del mismo, sino que esa motivación puede estar justificada en la realidad fáctica y jurídica que llevó a su expedición.

Así, en el caso concreto, se tiene que el citado artículo 185 del Decreto 262 de 2000 establece que la motivación de un acto administrativo que nombra a una persona en provisionalidad en un empleo de carrera por estar vacante es por razones del servicio. Esto es que se entiende de que, con la expedición del acto administrativo, incluso jurisprudencialmente conforme al tenor de la norma que se hace por y para el servicio, esta es la motivación del acto administrativo es la expedición del propio acto.

Es pertinente mencionar, que conforme a la posición que ha adoptado de manera pacífica el Consejo de Estado, se presume que la expedición del acto es para el mejoramiento y en razón del servicio. Así en el caso concreto, aún bajo la aclaración de que al Procurador General de la Nación no se le exige la carga de motivar los actos administrativos de nombramiento de los empleos vacantes en provisionalidad o encargo, cómo se expuso el Decreto 262 de 2000, señala que la existencia de un acto administrado que nombra a una persona en provisionalidad es la propia manifestación unilateral de la voluntad de la administración por disposición del legislador ya que se entiende es para el mejoramiento del servicio.

Nótese que la parte actora en ningún momento ataca la prestación del servicio del señor PIÑEROS MONTAÑA, sino que se centra en la forma de provisión del empleo, no en las calidades y el perfil profesional, por lo cual la motivación del acto fue y es acorde con la realidad fáctica y jurídica en razón del servicio, pues no se tiene reproche sobre el mismo.

4.5. Del precedente jurisprudencial como regla del derecho vinculante:

Con la expedición de la Constitución Política, el precedente jurisprudencial tomó fuerza bajo la aplicación de los artículos 13 (derecho a la igualdad)³, 83 (principio de buena fe - confianza legítima)⁴ y 230 que estableció el sistema de fuentes en el Sistema Jurídico Colombiano.

El derecho a la igualdad, bajo el entendido que para todas las personas que se encuentran en una situación fáctica y jurídica de idénticas y/o similares condiciones, se deben resolver las controversias por parte de las autoridades judiciales de forma análoga y bajo la misma cuerda procesal.

Respecto al principio de buena fe y confianza legítima, se entiende que un usuario de la administración de justicia que acude ante los jueces en ejercicio del derecho de acción, espera que el caso sea resuelto bajo parámetros legales y jurisprudenciales trazados con anterioridad bajo supuestos iguales al suyo; el artículo 230 de la Constitución Política porque señala que la Ley es fuente principal del derecho y como los jueces son quienes interpretan las normas⁵ las subreglas que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material, esto bajo un concepto amplio de legalidad que obliga a los operadores jurídicos a resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 775 de 2014 expuso:

*“La sujeción de todas las autoridades públicas, administrativas o judiciales y de cualquier orden territorial (nacional, regional o local) a la Constitución y a la ley comporta el acatamiento de los precedentes judiciales dictados por las altas cortes, como órganos encargados de interpretar y fijar el contenido y alcance de las normas constitucionales y legales. **En virtud de la concepción amplia del principio de legalidad, el sometimiento de las autoridades públicas al imperio de la ley implica que los funcionarios están igualmente vinculados por las reglas de derecho positivo, como por las prescripciones que se originan de la armonización concreta que se obtiene en sede judicial. En desarrollo del artículo 230 constitucional, la obligación de las autoridades públicas, administrativas y judiciales de sujetarse a la Constitución y la ley las vincula al precedente judicial o a los fundamentos jurídicos mediante los cuales se han resuelto situaciones análogas** (Corte Constitucional. Sentencia T- 775/2014). (Negritas fuera de texto)*

En ese orden de ideas, en palabras de López Medina, la doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto

³ **Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

⁴ **Artículo 83.** Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

⁵ Bajo una lectura del derecho viviente, esto es que los jueces en su interpretación le otorgan el verdadero funcionamiento a una disposición jurídica, ellos son quienes basados en un ejercicio hermenéutico aplican una disposición normativa y le dan vida conforme al contexto y la praxis social en la cual se desarrollan, esto con base una concepción realista del Derecho. Para el efecto ver la sentencia Corte Constitucional C-557 de 2001.

patrón fáctico tiene fuerza gravitacional *prima facie* sobre un nuevo caso análogo por sus hechos o circunstancias, en respeto al derecho a la igualdad y en aplicación de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica que le permitan al usuario de la administración de justicia tener la convicción que su caso será resuelto de determinada manera.

Por otra parte, la Corte Constitucional, ha indicado que el precedente implica que:

“Un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación”⁶ (Corte Constitucional T-158/2006).”

Esa vincularidad del precedente como fuente principal de derecho, hoy se encuentra plenamente plasmada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al establecer en los artículos 10⁷, 102⁸, 256⁹, 269¹⁰ y 270¹¹ mecanismos, recursos y formas de aplicación del precedente que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esa Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación. Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 70¹² que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la Ley y que deben tener en cuenta la jurisprudencia para la resolución de las controversias.

⁶ Ver también las sentencias, Corte Constitucional T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009.

⁷ **Artículo 10.** Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

⁸ **Artículo 102.** Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

⁹ **Artículo 256.** El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

¹⁰ **Artículo 269.** Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.

¹¹ **Artículo 270.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (Consejo de Estado. Sentencia 15 de mayo de 2014, Rad.11001031500020130157001).

¹² El inciso 2º del artículo 7º de la Ley 1564 de 2012, incluso vislumbra más la fuerza del concepto de vincularidad del precedente al establecer que los jueces se encuentran obligados cuando se aparten “de la doctrina probable a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá hacerlo cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos”, disposición normativa que elevó a norma jurídica el principio de razón suficiente desarrollado por la Corte Constitucional como carga argumentativa que les asiste a los operadores jurídicos al momento de apartarse de algún precedente. El artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, en el inciso 2º igualmente desarrolla el referido principio en materia contenciosa administrativa al establecer que: “en virtud del principio de igualdad, todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga”.

Por todo lo expuesto, resulta claro que los jueces se encuentran sometidos a dar cumplimiento a los precedentes verticales establecidos por los órganos de cierre y en especial los consagrados por la Corte Constitucional en su calidad de intérprete autorizado de la carta magna.

Ahora, dado a la obligatoriedad de ese precedente, en caso de que el juez decida apartarse del mismo debe cumplir con los principios de transparencia y suficiencia, exhibiendo argumentos que permitan argumentar por qué el precedente existente no puede aplicarse al caso bajo estudio.

Sobre este punto es necesario tener en cuenta las sentencias C-621 de 2015 y T-166 de 2016 de la Corte Constitucional que señalaron respectivamente:

“3.8. EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL

Como se ha visto, la Corte Constitucional ha desarrollado una extensa jurisprudencia en la que ha determinó la importancia y carácter vinculante del precedente para las autoridades judiciales, como el deber que recae en el juez de instancia de aplicar el precedente en las decisiones que incumban casos posteriores con similares supuestos de hecho, con el fin de garantizar seguridad jurídica, la igualdad de trato en la actividad judicial y mantener la línea jurisprudencial respecto al caso en concreto. Sin embargo, en diferentes oportunidades esta Corporación ha manifestado que el juez puede también desligarse del precedente, y cuando lo hace tiene el deber de argumentar de manera rigurosa y clara las razones por las cuales decide apartarse de tal precedente. En la Sentencia C-400 de 1998 la Corte manifestó:

En ese orden de ideas, un tribunal puede apartarse de un precedente cuando considere necesario hacerlo, pero en tal evento tiene la carga de argumentación, esto es, tiene que aportar las razones que justifican a el apartamiento de las decisiones anteriores y la estructuración de una nueva respuesta al problema planteado. Además, para justificar un cambio jurisprudencial no basta que el tribunal considere que la interpretación actual es un poco mejor que la anterior, puesto que el precedente, por el solo hecho de serlo, goza ya de un plus, pues ha orientado el sistema jurídico de determinada manera. Por ello, para que un cambio jurisprudencial no sea arbitrario es necesario que el tribunal aporte razones que sean de un peso y una fuerza tales que, en el caso concreto, primen no sólo sobre los criterios que sirvieron de base a la decisión en el pasado sino, además, sobre las consideraciones de seguridad jurídica e igualdad que fundamentan el principio esencial del respeto del precedente en un Estado de derecho.

3.8.1. Fuera de las anteriores consideraciones, la Corte ha considerado que el acatamiento del precedente, sin embargo, no debe suponer la petrificación del derecho. En este sentido, el juez puede apartarse tanto de los precedentes horizontales como de los precedentes verticales; pero para ello debe fundar rigurosamente su posición y expresar razones claras y válidas para distanciarse de los precedentes vinculantes.

3.8.2. *El apartamiento judicial del precedente es la potestad de los jueces de apartarse de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de cierre, como expresión de su autonomía judicial constitucional. Para que el apartamiento sea válido es necesario el previo cumplimiento del estricto deber de consideración del precedente en la decisión, ya que la jurisprudencia de las altas corporaciones judiciales de cierre no puede ser sencillamente ignorada frente a situaciones similares a las falladas en ella.*

3.8.3. *Según lo establecido en su larga jurisprudencia por este tribunal, una vez identificada la jurisprudencia aplicable al caso, la autoridad judicial sólo puede apartarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del apartamiento, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto; (ii) desacuerdo con las interpretaciones normativas realizadas en la decisión precedente; (iii) discrepancia con la regla de derecho que constituye la línea jurisprudencial. De este modo, la posibilidad de apartamiento del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente, de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga.*

3.8.4. *Asimismo, la carga argumentativa del juez que se desliga del precedente implica una exigencia tal, que si él no realiza una debida justificación de las razones que lo alejaron de tal precedente constitucional se genera un defecto que puede viciar la decisión. “el desconocimiento, sin debida justificación, del precedente judicial configura un defecto sustantivo, en la medida en que su respeto es una obligación de todas las autoridades judiciales –sea éste precedente horizontal o vertical, en virtud de los principios del debido proceso, igualdad y buena fe”.*

3.8.5. *Por lo cual y a pesar de la regla general de obligatoriedad del precedente judicial, siempre que el juez exprese contundentemente las razones válidas que lo llevaron a apartarse del precedente constitucional, su decisión será legítima y acorde a las disposiciones legales y constitucionales, como se ha determinado en distintas decisiones de esta Corporación como T-446/2013, T-082 de 2011, T 194/2011, que fueron reiteradas en la sentencia T- 309 del 2015, concluyendo lo siguiente:*

La Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho. En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus



superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia). Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales.”

Por su parte, la sentencia T-166 de 2016 indica:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que los jueces gozan de autonomía e independencia en su actividad, la Corte Constitucional ha reconocido que si bien la autoridad judicial está obligada a respetar su propio precedente y el generado por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho, motivo por el cual podría apartarse del precedente.

*En estos términos, un juez puede **apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si cumple con dos requisitos, el de transparencia y el de suficiencia.** El presupuesto de transparencia consiste en que en su providencia debe hacer una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” Por su parte, el presupuesto de suficiencia supone que en la providencia se expongan razones suficientes y válidas, a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo, que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo. Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales.*

De esta manera se puede sostener que la autonomía judicial en el proceso de interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico no es absoluta, pues las autoridades judiciales deben procurar respeto al derecho fundamental a la igualdad y a los principios de confianza legítima, seguridad jurídica y buena fe. De esta manera, la observancia del derecho a la igualdad en el ámbito judicial implica que, en principio, los jueces deben resolver los casos nuevos de la misma manera en que han resuelto los casos anteriores. Sin embargo, los falladores pueden apartarse del precedente aplicable si en sus providencias hacen una



referencia expresa a este y explican las razones con base en las cuales se justifica el cambio de jurisprudencia.”

Conforme lo expuesto, se tiene que el precedente es obligatorio para todas las autoridades judiciales y administrativas, por lo que para apartarse de este deben cumplirse el principio de razón suficiente, esto es, exponiendo con claridad cuál es el precedente vigente y presentar con fundamentos suficientes los motivos por los cuales, sacrificando la seguridad jurídica e igualdad, se va a decidir el asunto de manera distinta.

Dentro del precedente que pretende que sea tenido en cuenta para que se falle en derecho, se encuentran:

- Corte Constitucional, Sentencia C – 101 del 28 de 2013, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Asunto a considerar: los empleos de Procurador Judicial I y II pasaron a ser de libre nombramiento y remoción, a cargos en provisionalidad.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 077 de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Asunto a considerar: analiza 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.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación 25000-23-41-000-2019-00289-01, Consejera Ponente Dra. Rocío Araujo Oñate. Asunto a considerar: i) la carga probatoria de la parte demandante para demostrar la existencia de funcionarios inscritos en carrera administrativa para ocupar el cargo demandado. ii) la necesidad de que obre en el plenario, prueba suficiente que permita demostrar que existían funcionarios en carrera administrativa que cumpliendo con los requisitos para ocupar el cargo demandado, pudieran ser nombrados durante el término de la situación administrativa del cargo aspirado. iii) se aplique el principio de congruencia, entendido este como la armonía entre lo pedido y lo alegado por la parte demandante, además, de la coherencia entre lo dispuesto en la parte resolutive y lo expuesto en la parte motiva de la providencia. Por ello, la jurisprudencia indica que el principio de congruencia procesal tiene como finalidad que la providencia se encuentre en concordancia y armonía entre lo probado y lo pedido por las partes garantizando un debido proceso.
- Sentencias dictadas dentro de los procesos con radicaciones Nos. 2019-283, 2019-195, 2019-193 y 2019-648 de la subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con ponencia del H. magistrado ponente del asunto.

4.6. VULNERACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD; ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA; CONCURSO DE MÉRITOS

Es de recalcar, que en la medida que el Decreto 262 de 2000 en lo referente de vacancias temporales o definitivas en empleos de carrera administrativa, inspirado en razones del servicio, le confiere al Procurador General la potestad de nombrar en encargos o en provisionalidad. Limitar dicha facultad discrecional en virtud de un inexistente derecho de preferencia, como quiera que la norma no privilegia una alternativa sobre la otra, vulnera los artículos 13 de la Constitución que consagra el derecho a la igualdad, el artículo 40, numeral 7º que establece el derecho de todo ciudadano de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos; y el artículo 125 que señala:

“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.”

La Corte Constitucional¹³ en relación con los concursos de méritos señaló:

“La Corte comparte con la línea jurisprudencial referida que, de conformidad con la Constitución y en particular con los derechos fundamentales a la igualdad de oportunidades y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, no debe haber exclusión de ciudadanos en la provisión de empleos en los órganos y entidades del Estado. Pero considera que la conclusión que se desprende de esa premisa es que no puede haber concursos cerrados, ni en el ingreso a los cargos de carrera ni en el ascenso a los mismos. Los concursos cerrados están proscritos en los cargos de carrera del Estado.”

Más adelante, afirma:

Excluir a ciudadanos no inscritos en la carrera, del concurso de ascenso para proveer cargos superiores en la carrera de la Procuraduría General de la Nación, constituye una medida irrazonable, contraria al sistema de ingreso, permanencia y ascenso a los cargos públicos cuyo fundamento son la calidad y el mérito de los aspirantes. Tal exclusión vulnera además el derecho político fundamental a acceder a cargos públicos en igualdad de oportunidades.

De tal suerte, en virtud de lo contemplado en el Decreto 262 de 2000 y en línea con el precedente jurisprudencial, en los eventos de vacancias temporales o definitivas en empleos de carrera siempre que se cumplan las condiciones académicas y de experiencia exigidas para el desempeño del cargo, el Procurador General podrá hacer nombramientos en encargo o en provisionalidad en igualdad de condiciones,

¹³ Sentencia C-266-02



mientras dura la vacancia temporal o se provea el cargo a través de concurso de méritos.

4.6. Conclusiones:

1. Bajo ninguna circunstancia los artículos 185, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000 **reconocen algún derecho laboral a ser encargado**. Así las cosas el nominador tiene el poder de nominación, esto es, de cubrir una vacante de empleo público, en cuyo caso, conforme a su facultad legal discrecional, puede adoptar dos decisiones válidas: la primera se circunscribe a encargar a un empleado de carrera (el empleado seleccionado deberá estar inscrito en carrera administrativa y cumplir los requisitos para ejercer la función del empleo para el cual va a ser encargado) y la segunda, es el nombramiento provisional, es decir, el Decreto Ley 262 de 2000 consagra una facultad en favor del nominador, igualmente válida frente a la primera, que denota el ejercicio de una facultad consagrada constitucional y legalmente.
2. El Procurador General de la Nación ejerció correctamente su facultad legal discrecional en el acto acusado a optar válidamente para cubrir la vacante a través de un nombramiento en provisionalidad.
3. Los actos administrativos acusados encuentran su motivación en la propia expedición de los mismos, los cuales se presume que se efectúa para el mejoramiento del servicio, presunción que está respaldada por la experiencia del vinculado y el cumplimiento de los requisitos generales para ocupar ese cargo, ello aunado al hecho que el reproche de la demandante se centra en la forma de provisión del empleo y no en las condiciones particulares y concretas frente al cumplimiento de requisitos o la prestación del servicio del señor PIÑEROS MONTAÑA, con lo que se tiene que la anotada presunción se mantiene incólume.
4. Existen precedentes en materia constitucional y por parte del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A, que respaldan la facultad que le asiste al señor Procurador General de la Nación respecto a la utilización del nombramiento en provisionalidad para proveer puestos vacantes según los términos de los artículos 185 y 187 del Decreto Ley 262 de 2000.
5. Al presentarse vacancias temporales o definitivas, le asiste la potestad al señor Procurador General de la Nación – en razones del servicio – en nombrar en encargo o provisional.



CAPÍTULO QUINTO: EXCEPCIONES.

5.1. INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO

Teniendo en cuenta que del análisis realizado se desprende no hubo actuación irregular alguna y ante la clara sustentación de que no le asiste razón al mismo respecto a los cargos señalados, me permito señalar la imposibilidad de adelantar la presente acción por INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO de la parte accionante.

5.2. INNOMINADA O GENÉRICA.

Con el debido comedimiento, solicito al Despacho declarar la existencia de toda aquella excepción cuyos supuestos de hecho resulten acreditados en el proceso.

CAPÍTULO SEXTO: PETICIÓN.

De manera respetuosa, y con fundamento en las consideraciones expuestas, solicito al Honorable Despacho, NEGAR las pretensiones formuladas en el líbello de la demanda presentada.

CAPÍTULO SÉPTIMO: PRUEBAS.

- En tanto la demandante aportó el acto acusado, solicito respetuosamente se tengan aquella como prueba, y, además, ordene las que se consideren necesarias para dar la certeza al proceso convocado.
- Hoja de vida del señor JOHATHAN DAVID PIÑEROS MONTAÑA.

CAPÍTULO OCTAVO: RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA.

Comedidamente, solicito al Honorable Despacho, reconocerme personería para actuar en este proceso, para lo cual allegó poder a mi conferido.



CAPÍTULO NOVENO: ANEXOS

- Poder y sus anexos.
- Fallos (5) de diferentes Tribunales Administrativos, los cuales hacen referencia al tema demandado.

CAPÍTULO DÉCIMO: NOTIFICACIONES.

El suscrito recibirá notificaciones personales en la Secretaría de su despacho y en la Oficina Jurídica de la Procuraduría General de la Nación, ubicada en la Carrera 5° No. 15-80 Piso 10, de la ciudad de Bogotá D.C. teléfono 5878750 extensiones: 11007, 11036.

Correos electrónicos institucionales: procesosjudiciales@procuraduria.gov.co y gporras@procuraduria.gov.co

Cordialmente,

GABRIEL JULIAN PORRAS CASTILLO

C.C. 91.495.411 de Bucaramanga

T.P. 124.513 del C.S.J.