San Andrés Isla, doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 007

Medio de Control	Nulidad Electoral
Radicado	88-001-23-33-001-2019-00015-00
Demandante	Sindicato de procuradores Judiciales - Procurar
Demandado	Procuraduría General de la Nación - Sara Esther Pechthal de Sabah
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, y debidamente integrada la Sala, procede la Corporación a dictar sentencia, dentro del proceso en ejercicio del medio de control de nulidad electoral instaurado por el Sindicato de Procuradores Judiciales – Procurar contra de la Procuraduría General de la Nación y Sara Esther Pechthal de Sabbah.

II. ANTECEDENTES

- **DEMANDA**

La organización Sindical de Procuradores Judiciales - Procurar demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral a la Procuraduría General de la Nación y Sara Esther Pechthal de Sabbah, con la finalidad que se conceda la siguiente pretensión:

- **PRETENSIONES**

> *"Se declare la nulidad del artículo ochenta y ocho del Decreto 469 del 1º de junio de 2020, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación prorrogó en provisionalidad a la Dra. SARA ESTHER PECHTHALT DE SABBAH como procuradora 17 judicial II de Asuntos Agrarios de San Andrés, Código 3PJ, grado EC."*

- **HECHOS**

La parte demandante expone como motivos que dieron lugar a la presentación del actual medio de control, los que a continuación se indican:

Señala la actora que mediante sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró inexequible la expresión "Procurador judicial" contenida en el artículo 182 (numeral 2) del Decreto Ley 262 de 2000 y, en consecuencia, se le ordenó a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis (6) meses convocara a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial.

Explica que la orden de convocar a concurso de méritos para proveer cargos de procuradores judiciales fue reiterada en la sentencia T-147 de 18 de marzo de 2013, mediante la cual la Corte Constitucional le 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*". En cumplimiento de lo anterior, la Procuraduría General de la Nación mediante Resolución 40 del 20 de marzo de 2015, reglamentó por medio de catorce convocatorias el concurso de méritos para proveer en propiedad todos los cargos de Procurador Judicial.

Manifiesta que una vez agotadas todas las etapas del concurso, se expidieron las listas de elegibles en cada una de las catorce convocatorias. Mediante Resolución 040 del 8 de julio de 2015, el Procurador General de la Nación expidió las listas de elegibles correspondientes a la convocatoria 002-2015, para proveer en propiedad 31 cargos ofertados de Procurador Judicial II de Asuntos Agrarios.

Informa que el 8 de agosto de 2016 se produjeron los primeros nombramientos en período de prueba en los cargos ofertados de Procurador Judicial II y I para Asuntos Agrarios.

Mediante el Decreto 469 del 1º de junio de 2020, el Procurador General de la Nación prorrogó el nombramiento de Sara Esther Pechthalt de Sabbah como

procuradora 17 judicial II de Asuntos Agrarios de San Andrés, Código 3PJ, grado EC.

- **NORMAS VIOLADAS**

La parte actora señala como vulneradas las siguientes normas: artículo 125 de la Constitución Política, artículo 25 de la ley 909 de 2004, los artículos 82, 183, 185 y 187 del Decreto 262 de 2000 y los artículos 137 y 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

- **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN**

El concepto de violación es desarrollado por la parte actora mediante la formulación de un cargo de nulidad contra el acto administrativo acusado, alegando la configuración de 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. Explica que se conforma el mencionado vicio invalidante debido a que al momento de expedir el acto administrativo acusado, la Procuraduría General de la Nación transgredió las normas que desarrollan el principio constitucional del mérito – consagrado en el artículo 125 de la Constitucional Política - como criterio determinante para el ingreso, permanencia y ascenso a los cargos públicos de carrera, en todos los regímenes generales, especiales y específicos. Manifiesta que la Procuraduría General de la Nación omitió dar aplicación 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 conformidad con lo establecido en el artículo 185 (inciso 2º) del Decreto Ley 262 de 2000.

Sostiene que la Procuraduría General de la Nación no motivó el acto administrativo acusado, pues no se expusieron argumentos en relación con las razones del servicio (artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000) determinantes por las cuales el Procurador General de la Nación tuvo que acudir al

nombramiento (prórroga) en provisionalidad. A lo anterior agregan que, el nombramiento en provisionalidad recayó en una persona que no es titular de derechos de carrera y que no está en mejor posición o derecho respecto de algunos funcionarios de la entidad, quienes sí tienen derechos de carrera y cumplen con suficiencia los requisitos para el empleo y la evaluación satisfactoria en su desempeño, como lo exige el artículo 185 (inciso 2º) del Decreto Ley 262 de 2000.

La parte actora sostiene que, atendiendo el 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, el nombramiento en provisionalidad debe interpretarse y aplicarse conforme al principio constitucional del mérito, en tanto éste es un criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de empleos de carrera. En ese sentido debe hacerse la interpretación de los artículos 82, 183 y 185 del Decreto Ley 262 de 2000. A ese respecto, precisa que el Decreto Ley 262 de 2000 no autoriza una discrecionalidad absoluta en la escogencia de las dos opciones autorizadas para el nominador (encargo o nombramiento provisional), sino que, bien entendida, contiene una regla de procedimiento propia de una verdadera actuación reglada, en cuanto exige del nominador agotar en primera instancia la figura del encargo, de tal forma que solamente ante la imposibilidad de hacer la provisión mediante el sistema de méritos (encargo), es que queda habilitado para proceder al nombramiento no meritocrático (provisional) de un empleo de carrera.

Expone que se viola la subregla jurisprudencial, estructurada a partir de las sentencias C-733 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2001, T-392 de 2005 y especialmente en la C-753 de 2008, en virtud de la cual existe el deber de motivación de los nombramientos provisionales en cargos de carrera. Precisa que se trata de una carga que se impone al nominador a efectos de justificar las razones por las cuales se recurre a las vías de excepción para proveer cargos de carrera. Sostiene que la subregla jurisprudencial es exigible tanto en el sistema general de carrera administrativa como en los regímenes especiales y específicos.

La parte actora resume el concepto de violación señalando que el acto acusado incurrió en dos omisiones, a saber: (i) omitió acudir a la figura privilegiada del

encargo que, según el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, constituye el mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, (ii) omitió motivar la decisión, carga que le correspondía asumir al nominador en virtud de la subregla de la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia C-753 de 2008.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Procuraduría General de la Nación

La Procuraduría General de la Nación dio contestación a la demanda, manifestando en primer lugar su oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, dado que las actuaciones de la Procuraduría General de la Nación estuvieron ajustadas al ordenamiento jurídico y legal. En razón de lo anterior, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda. Sobre los hechos manifestó que algunos son ciertos y respecto de otros, hizo precisiones señalando que contenían apreciaciones personales de la parte actora. Respecto de los hechos 5 y 6 precisó que en virtud de la Convocatoria No. 005 de 2015, se ofertaron 31 cargos de Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, concurso que culminó con una lista de elegibles conformada por 28 participantes conforme a lo dispuesto en la Resolución No. 348 del 08 de julio de 2016. Precisa que en el parágrafo segundo del artículo segundo del mencionado acto administrativo, se indicó que para el ejercicio de los cargos de procuradores en San Andrés Isla era necesario que los elegibles en quienes recaigan los nombramientos tramiten y obtengan la correspondiente autorización de residencia ante la OCCRE. En relación con el hecho 11, considera que se trata de un comentario ligero desprovisto de la mínima prueba a partir de la cual se pueda establecer la existencia de varias personas inscritas en carrera administrativa que acreditaran el cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo mediante nombramiento en encargo, aún más cuando desde la expedición de la Resolución 040 de 2015 y la Resolución 348 del 8 de julio de 2016 se hizo énfasis que para poder ocupar el empleo de Procurador Judicial II en San Andrés Islas resultaba obligatorio contar con autorización de residencia OCCRE, esto con base en lo consagrado en la Ley 47 de 1993.

Al desarrollar los argumentos de defensa, el apoderado de la entidad, manifiesta que es necesario estudiar la clase de empleos y su forma de provisión al interior del sistema especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el Decreto Ley 262 de 2000. En virtud de ello, indicó que conforme a lo dispuesto en el artículo 185 del decreto en mención, se contempló el encargo como una de las formas para efectuar movimientos de personal, norma que establece a favor del Procurador General de la Nación una facultad legal, una potestad, para proveer los cargos ya mediante nombramiento en provisionalidad ya mediante encargo.

En adición a lo expuesto, puntualiza que la entidad le ha dado aplicación al principio de mérito, no solo al convocar el concurso de méritos para ocupar los empleos de Procuraduría Judicial I y II sino que en estricto orden procedió a agotar la lista de elegibles. Manifiesta que según el informe allegado por la Secretaría General de la entidad, para llenar la vacante del cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ Grado EC, de la Procuraduría 17 Judicial II para Asuntos Ambientales y Agrarios de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se procedió en dos oportunidades a nombrar personas que habían superado el concurso de méritos y les asistía derecho a ocupar la plaza. Sin embargo, ninguno de ellos dos ocupó el cargo vacante puesto que, uno solicitó ser reubicado en la ciudad de Villavicencio, mientras que el otro no aceptó la designación efectuada. Lo anterior demuestra que la entidad quiso dar prevalencia al principio del mérito, pero ante la no aceptación del cargo y el agotamiento de la lista de elegibles y el vencimiento de la misma, el cargo quedó vacante. Por tal razón se procedió a efectuar el nombramiento y a prorrogar en ese empleo a la Dra. Sara Pechthalt de Sabbah, quien ha ocupado ese puesto desde el año 2002. A juicio de la entidad demandada, de esta manera se acredita que en aras de dar continuidad al servicio y basada en la amplia experiencia de la Dra. Pecthalt en el empleo, resultaba adecuado, proporcional y razonable garantizar su permanencia en el cargo, quien además dada a la conversión del empleo de libre nombramiento y remoción a provisional goza de estabilidad laboral intermedia. Agrega que adicional a lo expuesto, la servidora Sara Pechthalt acredita con suficiencia los requisitos para ocupar el cargo, en especial aquellos consagrados en la ley 47 de 1993, respecto a la residencia OCCRE.

En consideración de la entidad demandada, al verificarse que el Procurador General de la Nación a través del acto acusado ejerció correctamente sus facultades legales, esto es, de escoger la provisión del empleo vacante mediante la provisionalidad y su prórroga, se debe concluir que no tienen vocación de prosperidad los argumentos de la demanda.

De otra parte, alega que la parte actora no demostró y mucho menos probó la existencia de funcionarios inscritos en carrera administrativa que cumplieran los requisitos solicitados para ocupar el cargo de Procurador Judicial II de la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios. Refuerza el argumento alegando que el Decreto Ley 262 de 2000 no reconoce algún derecho laboral a ser encargado, entonces el nominador tiene el poder de decidir, es decir, de cubrir una vacante de empleo publico, tomando dos tipos de decisiones: la primera se circunscribe a encargar un empleado de carrera y la segunda, es el nombramiento en provisionalidad, es decir que la facultad según la normatividad anteriormente mencionada es a favor del nominador. Por último, manifiesta que existen precedentes constitucionales y de otros tribunales que han ratificado la facultad que le asiste al Sr. Procurador General de la Nación, respecto a la utilización del nombramiento en provisionalidad para proveer vacantes según los términos del art. 188 del decreto Ley 262 de 2000.

Sara E. Pechthalt de Sabbah

Manifiesta la demandada que de conformidad con el ordenamiento legal y acudiendo a la exegética de la norma, el acto de prórroga del cual se pretende la nulidad no podría entenderse como un nombramiento, ingreso, permanencia o ascenso, sino que es la prórroga de la provisionalidad que confirió la sentencia T-147 de fecha 18 de marzo de 2013 de la H. Corte Constitucional. En ese entendido, considera que la Procuraduría General de la Nación no incurrió en violación de las normas constitucionales que consagran e principio de mérito.

La demandada informa que el concurso para el cargo de Procuradora 17 judicial II Código 3PJ, Grado EC, en San Andrés Isla, no fue superado por ninguna persona, quedando dentro de los tres (3) cargos que no fueron provistos en propiedad por el concurso, continuando estos en provisionalidad.

Además, señala que la Resolución No. 348 de 8 de julio de 2016 establece que se deberán cumplir los requisitos del Decreto Ley 262 de 2000, es decir, que se debía contar con el requisito de la residencia en el territorio del departamento Archipiélago, pues atendiendo la normatividad especial del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, se puede concluir que de conformidad con lo establecido en la Resolución No. 40 de enero de 2015, la convocatoria No. 002 de 2015, así como la lista de legibles de Procuradores Judiciales II Agrarios Ambientales, que para ser nombrados y posesionarse en tales cargos se debe contar con el requisito de residencia (OCCRE).

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

La demanda fue presentada el 20 de agosto de 2020, ante la secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Mediante auto de fecha 7 de septiembre de 2020, se admitió la demanda y se negó la medida cautelar[1]. Luego, mediante auto de 8 de octubre de 2020, se requirió a la entidad demandada para que allegara los antecedentes administrativos[2]. Mediante providencia No. 120 de fecha 21 de octubre de 2020[3] se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial, la cual culminó el 10 de noviembre. Se ordenó el cierre del periodo probatorio, dándole a las partes y al Ministerio Público 10 días para presentar sus alegatos de conclusión[4]. Tanto la parte demandante como las demandadas, dentro del término legal, presentaron sus alegatos de conclusión.[5] El Ministerio Publico guardó silencio.

- **ALEGATOS**

Demandante

En los alegatos de cierre, la parte actora manifiesta que se ratifica en cada uno de los hechos y cargos de la demanda, pues el acto administrativo incurrió en

[1] Fl 11 Auto Admisorio – Cuaderno Digital
[2] Fl 16 Auto requiriendo - cuaderno digital
[3] Fl 21 Auto de Audiencia Inicial – Cdo Digital
[4] Fl.37 acta de audiencia – Cdo digital
[5] Fl. 38, 40 y 41 del expediente digital

violación del principio de mérito y el régimen de carrera administrativa. Argumenta la apoderada judicial de Procurar que el acto demandado no ofreció explicación alguna sobre las razones del servicio que obligaron al Procurador General de la Nación no solamente a no proferir un nombramiento en encargo, sino a acudir al nombramiento provisional que recayó en una persona que no es el titular de derechos de carrera administrativa. Se ratifica en que es claro que tal nombramiento incurrió en vicios de legalidad y por tal razón dicho acto administrativo debe ser declarado nulo, por violación del principio de mérito y del régimen de carrera administrativa.

Demandadas

Procuraduría General de la Nación

El apoderado judicial de la entidad demandada, manifiesta que se ratifica de los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Enfatiza en los alegatos de conclusión que en reiteradas ocasiones el H. Consejo de Estado ha expuesto que la Procuraduría General de la Nación tiene un régimen de carrera especial distinto al ordinario, por tal razón no le regula o no le resulta aplicable la Ley 909 de 2004. Asimismo, manifiesta que el Procurador General de la Nación tiene la posibilidad de utilizar la facultad de nombramiento en provisionalidad para proveer la vacante existente en el cargo de carrera administrativa, por lo que el acto acusado fue expedido conforme al ordenamiento jurídico. Sostiene que los términos “o” y “podrá” acreditan una facultad en cabeza del Procurador General de la Nación para tomar una u otra opción. A ese respecto, recuerda que tal facultad fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-077 de 2004 y corroborada por distintos fallos en los tribunales de todo el país.

A los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, agrega que los nombramientos en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación deberán ser prorrogados, a menos que exista (i) una provisión definitiva del cargo una vez superado el concurso de méritos, (ii) una calificación insatisfactoria del funcionario, (iii) la imposición de una sanción disciplinaria y/o en general cualquier razón específica del servicio, a través de acto motivado,

circunstancias que igualmente fueron reiteradas por el Consejo de Estado – Sección Segunda en sentencia 18 de marzo de 2015.[6]

Demandada – Sara Pechthalt

En la oportunidad de presentar alegatos de cierre, la apoderada judicial se ratifica en los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda[7].

- **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

La señora Agente del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

III. CONSIDERACIONES

- **PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si el acto administrativo demandado – artículo 84 del Decreto 469 del 1º de junio de 2020 – se encuentra viciado de nulidad conforme a los cargos que se han elevado por la actora, a saber: (i) infracción de las normas en que debería fundarse por violación al principio constitucional al mérito para el acceso a los cargos públicos y (ii) por faltar al deber de motivación de los nombramientos provisionales en cargos de carrera administrativa.

Para resolver esta cuestión jurídica, la Sala necesariamente debe ocuparse de dilucidar esencialmente si el enunciado normativo contenido en el inciso primero del artículo 185 del D.L. 262 de 2000 establece una facultad discrecional en cabeza del Procurador General de la Nación, a efectos de decidir si podía proveer mediante nombramiento en provisionalidad el cargo de Procuradora 17 Judicial II Código 3PJ, Grado EC, en San Andrés Isla, o si tal nombramiento debió haberse surtido mediante la figura del encargo con personal de carrera de la Procuraduría General de la Nación como lo alega la

[6] Radicado No. 25000-23-25-000-2006-02680-02 (2698-11) M.P. Gerardo Arenas Monsalve.
[7] Fl 41 del Cuaderno digital

parte actora. De igual manera, la Sala deberá estudiar si el acto administrativo acusado adolece de nulidad por falta de motivación.

TESIS

En el caso *sub examine* la Sala declarará la nulidad del acto administrativo demandado, por la expedición irregular del mismo en tanto que se omitió cualquier motivación que permitiera establecer las razones o motivos que justificaban el nombramiento en provisionalidad efectuado. La falta de motivación del acto compromete su legalidad en la medida en que la autoridad nominadora no explicita los motivos por los cuales no hizo uso de la lista de elegibles para la provisión del cargo de Procurador 17 Judicial II Código 3PJ, Grado EC, en San Andrés Isla.

TEXTO DEL DECRETO DEMANDADO

El siguiente es el texto del artículo del decreto demandado:

"DECRETO No. 469 de 2020 (1 de junio de 2020)

Por medio del cual se prorrogan unos nombramientos provisionales.

EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales,

D E C R E T A:

(…)

ARTÍCULO OCHENTA Y OCHO. - *Prorrogar el nombramiento en provisionalidad, hasta por seis (6) meses, a SARA ESTHER PECHTHALT DE SABBAH, quien se identifica con la Cédula de Ciudadanía No. 29.345.542, en el cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ Grado EC, de la Procuraduría 17 Judicial II Agraria San Andrés. "*

(…)

CUESTIÓN PREVIA

Antes de entrar a revisar el fondo del asunto, la Sala debe precisar que si bien el Decreto No. 469 de 1 de junio de 2020 ha perdido vigencia, por cuanto la prórroga del nombramiento se determinó en un plazo máximo de seis (6)

meses, que ya expiraron, ello no significa que no proceda el estudio de legalidad del acto administrativo a pesar de haber perdido fuerza ejecutoria. Sobre este tema, es importante precisar que la jurisprudencia ha establecido dos supuestos para la procedencia o no del estudio de legalidad de actos administrativos que han perdido fuerza ejecutoria, lo cual dependerá si el acto administrativo demandado produjo efectos jurídicos[8]. En los siguientes términos se explica:

> "**2.2.3.1 Si el acto demandado no produjo efectos jurídicos y no se encuentra vigente.**
>
> Considera esta Sala de Decisión que para dilucidar este tipo de asuntos se debe atender el criterio previsto en la jurisprudencia de la Sala Plena[9] y de la Sección Quinta del Consejo de Estado[10], en cuanto a que si el acto demandado no surtió efectos y no se encuentra vigente opera la carencia de objeto por sustracción de materia. Al respecto se explicó:
>
> *"**Concluye la Sala que en este caso operó la sustracción de materia debido a que el acto demandado no surtió efectos jurídicos**, lo cual hace que exista carencia actual de objeto para el estudio de su legalidad.*
>
> *Sobre el particular, es importante tener en cuenta que la Sala Plena de esta corporación adoptó un criterio según el cual <<De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa de esta Corporación, si las causas que originaron el ejercicio del medio de control desaparecen, **el juez debe declararse inhibido para resolver el asunto ya que no hay objeto que se sujete a una sentencia**. Lo anterior, porque la sustracción de materia, admitida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo como causal para inhibirse, opera cuando la relación sustancial o material que originó la litis ha variado de sentido, o incluso desaparecido.*
>
> *Ahora bien, en materia de control de constitucionalidad, la Corte Constitucional reiteradamente también se ha servido de la teoría de la sustracción de materia para determinar su competencia al momento de estudiar demandas de constitucionalidad contra normas derogadas. (…) En conclusión, la Corte Constitucional se ha declarado incompetente para conocer una acción de inconstitucionalidad por sustracción de materia, cuando la norma (1) se encuentra derogada y (2) no produce efectos"*
>
> *Siendo así las cosas y ante la presencia de la carencia actual de objeto por sustracción de materia, le corresponde al magistrado que conduzca el proceso, determinar su ocurrencia con el fin de terminarlo en su etapa*

[8] Sentencia 0191 de 2019 del H. Consejo de Estado
[9] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de julio 19 de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, expediente No. 11001-03-25-000-2015-01042-00.
[10] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 27 de octubre 2017, CP. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 66001-23-33-000-2015-00483-01, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04.

inicial siguiendo las reglas de las excepciones previas previstas en el artículo 180.6 incisos 3 y 4 y no esperar hasta la sentencia para inhibirse de conocer el fondo del asunto en detrimento del derecho que tienen los ciudadanos para que la administración de justicia les garantice que los mecanismos judiciales sean eficaces.

Teniendo en cuenta los pronunciamientos judiciales de esta alta corporación, resulta imperativo terminar el proceso en la etapa inicial, cuando se pretenda la nulidad de un acto electoral o administrativo que ha sido despojado de sus efectos y que por tal circunstancia jamás produjo efectos jurídicos dado que, la razón de ser del proceso desaparece puesto que no tiene materia que controlar dado que en su vigencia no surtió efectos, conllevando con ello a que la decisión en uno u otro caso no redunde en la salvaguarda de los derechos ciudadanos.

2.2.3.2 Si el acto demandado produjo efectos jurídicos

Por otra parte y si el acto acusado produjo efectos y no se encuentra vigente, el juez contencioso administrativo aún en el evento en que haya sido retirado del ordenamiento jurídico[11], mantiene su competencia para conocer de su legalidad porque, su exclusión jurídica impide que el acto se aplique hacia el futuro, empero, no desvirtúa la presunción de legalidad que sirvió de sustento para producir los efectos jurídicos que se dieron cuando el acto tuvo eficacia.

Por lo anterior, un acto administrativo retirado del ordenamiento jurídico que produjo efectos jurídicos en el tiempo y en el espacio es susceptible de control por la jurisdicción contencioso administrativa, quien formalmente decidirá si dicho acto excluido fue expedido en su momento observando los elementos de validez: competencia, objeto, forma, causa y finalidad. De esta manera, no podría configurarse la denominada sustracción de materia[12] y se impone por parte del operador judicial su resolución de fondo en la sentencia."

En este orden, y atendiendo que el acto demandado[13] produjo efectos jurídicos durante el tiempo de su vigencia, resulta entonces procedente el análisis de la legalidad del mismo conforme a los cargos imputados.

PRESUPUESTOS PROCESALES

El estudio de la competencia, legitimación en la causa y demás presupuestos procesales fueron objeto de pronunciamiento en la audiencia inicial.

[11] Como en el caso en concreto, que el acto demandado fue revocado por el Concejo Distrital de Santa Marta.
[12] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 81001-23-33-000-2012-00039-04.
[13] Ver artículo ochenta y ocho del Decreto 469 del 1º de junio de 2020

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El artículo 125 de la Constitución Política[14], entre otros, consagró que, los empleos públicos, por regla general, pertenecen al sistema de carrera, y 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 estableció que el ingreso y ascenso en el sistema de carrera está determinado por el mérito y las calidades de los aspirantes. Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia C-673 de 2015[15], sostuvo que:

> "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."

La Corte Constitucional[16] en reiterada y pacífica jurisprudencia ha sostenido sobre el principio del mérito que:

> "En este sentido, la Corte ha reiterado que la institucionalización e implementación del régimen de carrera busca garantizar la más alta idoneidad de los funcionarios y servidores públicos, la excelencia en la administración pública para el logro de los fines esenciales y objetivos del Estado constitucional de Derecho, como el servicio a la comunidad, la satisfacción del interés general y la efectividad de los principios, valores, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, contribuyendo a evitar los vicios del clientelismo, favoritismo y el nepotismo, y contribuyendo así mismo a la modernización y racionalización del Estado.[17]

---

[14] 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. Quienes 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 este fue elegido.
[15] En esta providencia se estudió la constitucionalidad del artículo 5 (parcial) de la Ley 909 de 2004, sobre la clasificación de los empleos.
[16] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-753 de 2008
[17] Ver Sentencias C-479/92, Ms.Ps. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero, C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-1079 de 2002 y C-1230 del 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En lo que se refiere a la Procuraduría General de la Nación, es pertinente indicar que la Constitución Política al tenor de los artículos 278 y 279, dispuso que el Procurador General de la Nación ejerce de forma directa, la función de *"nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia"*[18], y la ley determinará la estructura y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, así como *(*…) *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.

En virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 279, y en ejercicio de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República mediante la Ley 573 de 2000, se expidió el Decreto Ley 262 de 2000, "*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, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se* regularon *las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos"*. Del mencionado cuerpo normativo conviene destacar las siguientes disposiciones:

> **ARTÍCULO 183. Concepto.** La carrera de la Procuraduría es 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.
>
> Para alcanzar estos objetivos, el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de 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.
>
> **ARTÍCULO 184. Provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva.** La provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva se hará de acuerdo con el orden de prioridad establecido en el artículo 190 de este decreto. Si no fuere posible, el empleo se proveerá, previo concurso, por nombramiento en período de prueba, o en propiedad cuando

[18] Constitución Política. Artículo 278. Numeral 6.

se supere el período de prueba o cuando se ascienda sin cambiar de nivel, como resultado de un concurso de méritos.

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 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El empleado que esté desempeñando un cargo de carrera en calidad de provisional al momento de la entrada en vigencia de este decreto, podrá participar, en igualdad de condiciones, en el concurso realizado para la provisión del respectivo empleo, aunque éste sea de ascenso.

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.

> **ARTÍCULO 188. Duración del encargo y del nombramiento provisional.** El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses. El término respectivo podrá prorrogarse por un período igual.
>
> Si vencida la prórroga no ha culminado el proceso de selección, el término de duración del encargo y de la provisionalidad podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección.
>
> Cuando la vacancia sea el resultado de ascenso que implique período de prueba, el encargo o el nombramiento provisional podrán extenderse por el tiempo necesario para determinar la superación del mismo.
>
> **PARÁGRAFO.** Por razones del servicio el Procurador General de la Nación podrá desvincular a un servidor nombrado en provisionalidad o dar por terminado el encargo, aún antes del vencimiento del término establecido en el presente artículo.

En relación con el nombramiento en provisionalidad dentro del sistema de carrera de la Procuraduría General de la Nación, debe indicarse que mediante la Sentencia C-077 de 2004, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de los artículos 82, 185, 186, 187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000[19] respecto de los cargos formulados. En esa oportunidad, la Corte Constitucional concluyó que los nombramientos en provisionalidad, ya sea para proveer vacantes definitivas o temporales, están autorizadas por ley, encuentran límites temporales en la misma, 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. En estos términos razonó la Alta Corporación en el análisis del tema planteado:

> *"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.*
> *[…]*
> *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.*

[19] 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".*

> *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."*

A partir del análisis precedente, no hay duda alguna que es constitucional la facultad otorgada por el legislador en cabeza del Procurador General de la Nación para hacer nombramientos en provisionalidad. Sin embargo, ha de precisarse que estos nombramientos son de naturaleza excepcional, tienen un carácter residual en tanto que debe darse preferentemente prelación al mérito para el ingreso, ascenso y permanencia en los cargos de carrera.

De la motivación de los actos administrativos

Sobre la motivación de los actos administrativos en general, el Consejo de Estado[20] en reiterada y decantada jurisprudencia enseña:

[20] CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Rad. No. 76001-23-31-000-2010-01398-01(24615). Sentencia de 29 de octubre de 2020.C.P. Dra. Stella Jeannette Carvajal Basto

- Los actos administrativos deben revelar los móviles de su expedición, los razonamientos, el fundamento jurídico y la valoración fáctica que sustenta las decisiones, pues, en caso contrario, podrían adolecer de nulidad por expedición irregular.

- Conforme con la sentencia SU-250 de 1998, la motivación de los actos se instituye en los principios constitucionales de legalidad (arts. 1, 4, 6 y 123), de publicidad y del debido proceso (arts. 29 y 209), los cuales garantizan que, dentro de un Estado Social de Derecho, la Administración no actúe de materia arbitraria, y permita el ejercicio de los derechos de contradicción y defensa, a efectos de que los administrados conozcan el carácter vinculante de la decisión y la controviertan, en caso de que ello proceda.

- La motivación, como presupuesto de validez del acto, obliga a la administración a la exteriorización de los móviles de la decisión, los cuales serán determinantes para que se reconozcan los aspectos sobre los cuales podría existir un disenso jurídico que amerite la impugnación del acto e inclusive el control judicial del mismo y su ausencia da lugar a la nulidad por expedición irregular, en los términos del artículo 84 del C.C.A.

- La motivación implica que su sustentación sea razonada y suficiente y será más exigente, según sea la complejidad de la situación jurídica que se analice y de la ley que fundamente la decisión, ya que no bastará con que las razones sean abstractas, por cuanto la autoridad deberá darle un sentido a la aplicación de disposiciones legales cuya interpretación sea ambigua o vaga.

Por último, la jurisprudencia ha expresado el deber que tiene la Administración 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). Sobre este punto, la Corte, en Sentencia C-753 de 2008, ha señalado que:

> *"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"* [21]*(Subrayas y negrillas de la sala)*

[21] 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*

Sobre el marco normativo y jurisprudencial presentado, la Sala resolverá el problema jurídico planteado, previo estudio de las pruebas aportadas al proceso.

PRUEBAS ALLEGADAS

Al plenario fueron allegadas las siguientes pruebas:

1. Copia del Decreto 469 del 1° de junio de 2020 proferido por el Procurador General de la Nación.
2. Copia de la Resolución 040 de 2015 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se convocó a concurso.
3. Copia de la Resolución 348 de 2016 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se adoptó una lista de elegibles.
4. Copia del acta de constitución del Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR.
5. Copia de las peticiones elevadas por el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, al Procurador General de la Nación, solicitando el respeto y aplicación del derecho preferencial al encargo.
6. Certificación de la fecha de publicación del Decreto 469 del 1° de junio de 2020.
7. 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.
8. Boletín 504 del 5 de julio de 2019.
9. Acta de posesión No. 003 de 11 de enero de 2002.
10. Decreto No. 159 de fecha 11 de diciembre de 2001.
11. Antecedentes administrativos – hoja de vida de la Dra. Sara Pechthalt.[22]

El estudio de las pruebas permite concluir que:

---

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´"

[22] Folio 19.Memorial PGN del cuaderno digital

1. Se demostró que el cargo de Procurador 17 judicial II de Asuntos Agrarios de San Andrés, Código 3PJ, grado EC, se encontraba vacante definitivamente para la fecha de expedición del acto demandado.
2. Para la provisión de este cargo - entre otros – la Procuraduría General de la Nación adelantó el proceso de concurso que culminó con las listas de elegibles.
3. Fue proferido el Decreto 469 del 1º de junio de 2020, en el cual se prorrogaron unos nombramientos provisionales, entre ellos el de Sara Pecthtalt de Sabbah[23], en el cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ Grado EC, de la Procuraduría 17 Judicial II Agraria de San Andrés.
4. El acto administrativo al que se hace referencia en el numeral anterior, carece por completo de motivación.
5. Previamente a la expedición del acto demandado, la PGN efectuó dos nombramientos para proveer - de la lista de elegibles - la plaza de Procurador Judicial II, Código 3PJ, Grado EC, de la Procuraduría 17 Judicial II para Asuntos Ambientales y Agrarios de San Andrés, Providencia y Santa Catalina. Estos nombramientos recayeron en personas que habían superado el concurso de méritos: (i) mediante Decreto 3212 de 2018 se nombró en período de prueba a Mónica del Pilar Gómez Vallejo, quien no tomó posesión del cargo y solicitó su reubicación en una plaza de Procurador Judicial para Asuntos Ambientales y Agrarios en la ciudad de Villavicencio. (ii) Mediante Decreto 2956 del 11 de julio de 2018, fue nombrado en período de prueba el señor Gustavo Adolfo Guerrero Ruiz, en la Procuraduría 17 Judicial II Ambiental de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, quien no aceptó la designación efectuada.
6. No obra prueba a partir de la cual esta Sala pueda colegir que previamente al nombramiento de la Dra. Pecthalt de Sabbah en el cargo, un servidor de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación acreditara el cumplimiento de los requisitos para ocupar el cargo de Procurador Judicial II, Código 3PJ Grado EC, de la Procuraduría 17 Judicial II Agraria de San Andrés, mediante la figura del encargo.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

[23] Ver artículo 88 del Decreto 469 de 2020.

Vistos los anteriores fundamentos normativos y jurisprudenciales, la Sala debe analizar si con la expedición del Decreto No. 469 del 1º de junio de 2020, mediante el cual se prorrogó un nombramiento en provisionalidad en el cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Ambientales y Agrarios, la Procuraduría General de la Nación desconoció el principio del mérito para el acceso y permanencia en los cargos de carrera de la entidad. El estudio del caso *sub examine* impone determinar si la lista de elegibles conformada dentro del trámite del concurso de méritos estaba vigente o no para el cargo de Procuradora 17 judicial II de Asuntos Agrarios de San Andrés, Código 3PJ, grado E. Si la respuesta a la anterior cuestión es negativa, esto es, que ya había perdido vigencia o que se había agotado la lista de elegibles, debe determinarse si la provisión de los cargos vacantes era discrecional del nominador, en el sentido de optar por acudir a los funcionarios de carrera administrativa de la propia institución para tal designación mediante la figura del encargo o, si contaba con la facultad legal para efectuar nombramientos en provisionalidad.

De conformidad con las disposiciones constitucionales ya estudiadas, así como en decantada jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, el acceso a los cargos públicos se hace - por regla general - con base en el mérito. Sobre la necesidad de aplicar, respetar y garantizar el principio del mérito ya se ha explicado de manera amplia y suficiente en esta providencia, en particular en el acápite de fundamentos normativos y jurisprudenciales.

En el proceso que nos ocupa, se demostró que la Procuraduría General de la Nación, adelantó el concurso para la provisión de los cargos de carrera de la entidad, surtido el cual fueron conformadas las correspondientes listas de elegibles. En este punto resulta pertinente señalar que el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 estableció como condición especial para la provisión de cargos vacantes que el nominador deberá utilizar la lista de elegibles en estricto orden descendente, para las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exigen los mismos requisitos. Como se señaló previamente, en el presente caso, de conformidad con las pruebas allegadas se pudo evidenciar que el Procurador General de la Nación dio cumplimiento a tal disposición al efectuar el nombramiento en período de prueba de dos personas que habían superado el concurso y estaban en la lista de elegibles. No obstante, la vacancia en el cargo persistió ya que uno de los nombrados solicitó traslado a otra ciudad y el otro no aceptó el

nombramiento.[24] Agotada la lista de elegibles o habiendo ocurrido el vencimiento de la misma, el nominador en aras de asegurar la continuidad en la función pública está autorizado por el Decreto Ley 262 de 2000 para proveer los cargos bajo otras modalidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 185 del mencionado cuerpo normativo. La norma indicada dispone:

> **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.
>
> (…)

La interpretación de esta disposición normativa es el centro del debate jurídico que nos ocupa en el presente proceso. Se trata precisamente de dilucidar si el nominador tiene una facultad para optar ya por el nombramiento en provisionalidad o el encargo, a su discreción, o si necesariamente debe agotarse la opción de proveer mediante encargo la vacante hasta tanto se logre la provisión definitiva luego del proceso meritocrático y solo en caso de no contar con personal que acredite los requisitos para surtir el encargo, hacer la provisión mediante el nombramiento provisional. Se observa por la Sala que las partes han traído sendas providencias judiciales en las cuales se han privilegiado una de las posturas ya indicadas. Para esta Corporación la interpretación que se debe adoptar es la que da prevalencia al mérito, como elemento definidor para el ingreso, permanencia y ascenso en los cargos públicos pertenecientes a la carrera administrativa. Esto significa que el Procurador General de la Nación no está habilitado para decidir discrecionalmente si opta bien por el encargo o bien por el nombramiento provisional. No. Debe procurar todos los medios para asegurar que la vacante sea provista mediante la figura del encargo, luego de lo cual, y ante la

[24] Informe de nulidad electoral – folio 14MemorialPGN del cuaderno digital

persistencia de la vacancia está facultado para hacer nombramientos en provisionalidad.

Sobre el encargo, la Ley 909 de 2004 dispone en los artículos 24 y 25 lo siguiente:

> *"**ARTÍCULO 24. ENCARGO**[25]. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, **los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos 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 es sobresaliente. (…)*
>
> ***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**. (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

Adicionalmente, ha referido la H. Corte Constitucional frente a los sistemas especiales y específicos de carrera que deben estar guiados plenamente por los principios básicos que orientan la carrera administrativa que son ampliamente desarrollados por la ley general de la siguiente forma:

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**". (Subrayas y negrillas de la Sala)

Sentencia C-1230 de 2005:

[25]Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019.

> "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".

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**´". (Subrayas y negrillas de la Sala)

Además, el H. Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la carrera administrativa, así:

> *"**De la lectura del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 se concluye que para proveer empleos de carrera vacantes, los empleados de carrera de la entidad tendrán derecho preferencial a ser encargados** si: i) acreditan las condiciones y los requisitos para su desempeño, ii) poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, iii) no han sido sancionados*

disciplinariamente en el último año y iv) su última evaluación del desempeño fue sobresaliente. "(…) [26]

"Ahora bien, ***para decidir el fondo de la discusión debe advertirse que dentro de las formas de provisión de empleos públicos se encuentra el encargo, consistente en designar a un empleado de carrera administrativa en un cargo superior al que está inscrito en el escalafón, siempre que cumpla los requisitos, mientras es provisto con una persona que supere el concurso de méritos adelantado para ocupar dicha vacante de manera definitiva****. Esta situación administrativa no podrá ser superior a seis (6) meses, tal como lo prevé el artículo 24 de la Ley 909 de 2004. Dicho lo anterior,* ***el encargo es un derecho preferencial de los servidores de carrera administrativa a ser designados temporalmente en un cargo superior****, motivo por el cual gozan de estabilidad laboral relativa, pues se termina "hasta que la administración pueda proveer de forma definitiva la vacancia de un empleo público"*[27] (Negrillas y subrayas de la Sala)

La jurisprudencia citada es concluyente en el sentido que el mérito prima en los regímenes de carrera administrativa. Ello significa que, la interpretación de las disposiciones de carrera deben ajustarse a ese criterio. Así pues, el término *podrá* contenido en el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, no puede ser concebido como una potestad a elección del nominador, pues debe observarse en armonía con los principios que rigen la carrera administrativa, en la que prevalece el mérito. Una interpretación diferente llevaría a preferir la voluntad del Procurador General de la Nación en calidad de nominador sobre los derechos que tienen aquellos servidores que ya se encuentran vinculados a la entidad y que cumplen los requisitos para tener preferencia en el nombramiento de cargos vacantes mediante la figura del encargo, hasta tanto se surta el nombramiento de una lista de elegibles como resultado del proceso de selección por mérito. Bajo esta interpretación, se asegura el principio constitucional del mérito de manera que el nombramiento en provisionalidad debe asumirse como una opción residual. Y ello debe ser debidamente demostrado por parte del nominador. Esto nos permite abordar el siguiente punto, relacionado con la motivación de los actos administrativos y en particular de los actos de nombramiento en provisionalidad.

[26] Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 5 de marzo de 2009. C.P. Susana Buitrago Valencia, Exp. 11001-03-28-000-2008-00010-00 12
[27] Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 11 de agosto de 2011, M. P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente: 05001-23-31-000-2002-03329-01(0078-10).

De la necesidad de motivación de los actos administrativos

Sobre la motivación de los actos administrativos, doctrinantes de la talla de Tomás-Ramón Fernández enseñan que *"La motivación de la decisión comienza, pues, por marcar la diferencia entre la discrecional y lo arbitrario, y ello, porque si no hay motivación que se sostenga, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta, apoyo insuficiente, como es obvio, en un Estado de Derecho en el que no hay margen, por principio, para el poder puramente personal.".* Sobre la motivación de los actos administrativos, puede afirmarse que la Corte Constitucional ha sido exigente en la necesidad de la motivación de los actos administrativos. La motivación responde al principio de publicidad, que es uno de los principios de la función administrativa que todas las autoridades están llamadas a garantizar.

El Consejo de Estado,[28] sobre la motivación de los actos administrativos, enseña que es un elemento necesario para su validez, constituyéndose en uno de los fundamentos de legalidad de manera que si se pretermite o cuando se demuestra que las razones que sustentan la decisión no son reales, no existen o están distorsionadas, se presenta un vicio que lo invalida[29]. Entonces, los actos administrativos deben revelar los móviles de su expedición, hacerlos explícitos en el cuerpo de la decisión dando razón del fundamento jurídico y de las valoraciones fácticas efectuadas, ya que de lo contrario, el acto puede adolecer de nulidad por expedición irregular.

En el caso que nos ocupa se evidencia que el acto demandado omite por completo cualquier motivación. El Decreto 469 del 1º de junio de 2020 no da cuenta ni siquiera de los fundamentos legales para su expedición, mucho menos presenta algún elemento fáctico que sustente la decisión administrativa que se adoptó en el sentido de prorrogar unos nombramientos en provisionalidad. Esa omisión compromete definitivamente la legalidad del acto viciándolo de nulidad por expedición irregular.

[28] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Rad. número: 25000-23-24-000-2004-00310-01. 20 de noviembre de 2020.

[29] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 11 de julio de 2019. Radicación 25000-23-24-000-2012-00509-01. C.P.: Roberto Augusto Serrato Valdés.

La Sala ha de precisar que en este proceso se demostró que previamente al nombramiento de la Dra. Pecthalt de Sabbah, el Procurador General de la Nación había efectuado dos nombramientos que recayeron en personas que hacían parte de la lista de elegibles, quienes no aceptaron los nombramientos efectuados. Sin embargo, la evidencia de lo anterior no puede remediar el vicio advertido en tanto que debieron verterse en el acto las razones por las cuales el nominador consideraba que debía prorrogarse el nombramiento en provisionalidad de la Dra. Sara E. Pecthtalt explicando precisamente el agotamiento de las actuaciones llevadas a cabo para procurar el respeto y garantía del acceso a los cargos por mérito. Esto significa que, eventualmente, se hubiera podido arribar a la conclusión que (i) habiendo hecho nombramientos de personas de la lista de elegibles que no fueron aceptados, (ii) que ninguno de los servidores de carrera de la entidad podía ser encargado en tanto que no cumplían los requisitos para el cargo así como los requisitos especiales para desempeñar cargos en el Departamento Archipiélago establecidos en el Decreto 2762 de 1991 y la Ley 47 de 1993 relativos a la residencia en el Archipiélago y al dominio del idioma inglés comúnmente hablado en las islas, la entidad solo podía suplir la vacante mediante nombramiento provisional. Pero, como de lejos se advierte, ningún motivo fue revelado en el acto demandado. Esta falta de motivación del acto administrativo demandado afectó el principio de publicidad y también el debido proceso para efectos del control de la actividad administrativa por parte de quienes pudieran verse afectados con la decisión de la entidad.

Entonces, respecto al argumento de la parte actora consistente en que el acto administrativo demandado no fue debidamente motivado, es preciso señalar que acierta en tanto que se configuró la expedición irregular por falta de motivación, considerada esta como la constitución de un acto en que la autoridad prescinde de hacer expresos los motivos de hecho y de derecho que la sustentan. Para la Sala, el nominador asumió el nombramiento provisional como un acto potestativo al indicar que se realizó de conformidad con las facultades constitucionales y legales. Sin embargo, las consideraciones y el razonamiento precedente permiten concluir que debido a que la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, que se basa en las condiciones, méritos y calidades de los aspirantes y que el nombramiento en provisionalidad es una excepción a la regla general de ingreso a cargos de carrera, le corresponde a la autoridad

nominadora justificar las razones del uso de aquella figura para la provisión de los cargos de la entidad.

A manera de corolario, es pertinente indicar que (i) para el momento de la expedición del acto demandado no existían listas de elegibles vigentes; ii) la Procuraduría General de la Nación, desconoció la figura del encargo, para en su lugar proceder a nombrar provisionalmente a la Doctora Sara Esther Pechthalt, pasando por alto los principios de la carrera administrativa y su propia regulación especial contenida en el Decreto Ley 262 de 2000; (iii) el acto demandado fue expedido de manera irregular por falta de motivación como si fuera un acto meramente discrecional y potestativo del nominador. De esta manera, pasó por alto 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 dar cuenta de las razones que fundamentan el uso de este tipo de nombramientos, pues solo así podrá justificar en debida forma el desconocimiento del principio de mérito.

En consecuencia, al encontrarse acreditado el vicio de nulidad alegado en el único cargo invocado en la demanda, se accederá a la pretensión y se declarará la nulidad del Art. 88 del Decreto No. 469 del 1 de julio de 2020, mediante el cual el Procurador General de la Nación prorrogó por seis meses el nombramiento en provisionalidad a Sara Esther Pechthalt, como como procuradora 17 judicial II de Asuntos Agrarios de San Andrés, Código 3PJ, grado EC.

COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, por cuanto se trata de una acción pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 188 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley,

IV. FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del artículo 88 del Decreto 469 del 1 de junio de 2020, mediante el cual el Procurador General de la Nación prorrogó por seis meses el nombramiento en provisionalidad a Sara Esther Pechthalt, como Procuradora 17 judicial II de Asuntos Agrarios de San Andrés, Código 3PJ, grado EC, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a las partes y al Ministerio Público de conformidad con lo señalado en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: Ejecutoriada esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LOS MAGISTRADOS

NOEMI CARREÑO CORPUS

JOSE M. MOW HERRERA **JESÚS GUILLERMO GUERRERO G.**

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 13-001-23-33-001-2020-00075-00)

Firmado Por:

NOEMI CARREÑO CORPUS

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 003 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZALEZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 001 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

JOSE MARIA MOW HERRERA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO 002 SIN SECCIONES DE SAN ANDRÉS

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
3d8c367de225f61868779bb31928e49fab82b56034c262a52aea4262f869612e

Documento generado en 16/02/2021 03:17:26 PM