



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

San Andrés Isla, veintiséis (26) de agosto de 2021

Medio de control	Nulidad Electoral
Radicado	88-001-23-33-000-2021-00007-00
Demandante	Sindicato de Procuradores Judiciales -PROCURAR
Demandado	Acto administrativo de prórroga del nombramiento provisional de Sarah Esther Pechthalt como Procuradora 17 Judicial II para asuntos agrarios de San Andrés.
Magistrado Ponente	Jesús Guillermo Guerrero González

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 en 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:

“Se declare la nulidad del artículo 67 (Sic) del Decreto 1228 del 1° de diciembre de 2020, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación prorrogó en provisionalidad a la doctora SARA ESTHER PECHTHALT DE SABBAH como Procuradora 17 Judicial II de Asuntos Agrarios de San Andrés, Código 3PJ, grado EC. (prueba aportada #2).”

- HECHOS

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



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

Señala la actora que mediante sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró inexecutable 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 1228 del 1º de diciembre de 2020, el Procurador General de la Nación prorrogó por seis meses (6) el nombramiento de Sara Esther Pechthalt de Sabbah como Procuradora 17 Judicial II para Asuntos Agrarios de San Andrés.

- 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 –



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

consagrado en el artículo 125 de la Constitución 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 agrega 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



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

de la subregla de la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia C-753 de 2008.

- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Procuraduría General de la Nación

Al descorrer el término de traslado de la demanda, el apoderado judicial de la Procuraduría General de la Nación adujo como argumento defensivo en primer lugar que el medio de control ataca de manera exclusiva al acto por medio del cual se realizó una prórroga del nombramiento en provisionalidad de la Sra. Sara Esther Pechthalt, sin embargo, en nada se acusa el acto primigenio de nombramiento del cual se predica su prórroga.

Señaló que el cargo que actualmente ocupa la Sra. Pechthalt se encontraba en vacancia definitiva y sin que sobre el mismo existiese lista vigente de elegibles, razón por la cual el Procurador General de la Nación podía proveer provisionalmente y discrecionalmente, en atención de motivos de la continuidad del servicio el empleo de Procurador 17 Judicial II Agraria de San Andrés isla, como efectivamente ocurrió.

Expuso que contrario a lo pretendido por la parte actora, el régimen de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación es de carácter especial, siéndole propias las normas contenidas en el Decreto Ley 262 de 2000 y tan solo de forma subsidiaria aquellas previstas en la Ley 909 de 2004, sin que de los artículos 185, 186, 187 y 188 del Decreto 262 de 2000 se prevea una prelación en la forma de provisión de los empleos vacantes, resaltando la facultad del nominador para su designación a través de acto administrativo que atienda a las razones del servicio.

Con relación a la alegada falta de motivación del acto administrativo acusado, la entidad demandada aseveró que dicha motivación del acto *es la expedición del propio acto*, razón por la cual, en su sentir, la existencia de un acto administrativo de nombramiento se presume motivado en razón a la necesidad del servicio y por mandato legal descrito en el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000.

Sara E. Pechthalt de Sabbah

La apoderada de la demandada expresó que el acto de prórroga en virtud del cual se pretende su nulidad no podría entenderse como un nombramiento, ingreso, permanencia o ascenso. No es un acto principal, ya que, en efecto, el acto administrativo por el cual se nombró a **SARA ESTHER PECHTHALT** fue el Decreto 159 del 11 de diciembre de 2001 y, posteriormente, se cristalizó con la respectiva posesión mediante acta n.º 003 del 11 de enero de 2002.

La demandada informó 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,



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

quedando dentro de los tres (3) cargos que no fueron provistos en propiedad por el concurso, continuando estos en provisionalidad.

Razón por la cual, no sería pertinente afirmar, como lo asevera la parte demandante que, la Resolución 348 del 8 de julio de 2016 proveía 31 cargos, cuando se evidencia que dicha Resolución, solamente, provee 28 de cargos de los 31 ofertados.

Relató que el Concurso de Carrera de los Procuradores Judiciales se llevó a cabo en su totalidad respecto a los cargos de Procuradores Judiciales II de Asuntos Agrarios y Ambientales, siendo nombrados 2 servidores de la respectiva lista de elegibles, quienes no tomaron posesión del cargo, agotándose la vigencia de la mencionada lista y por ende permaneciendo en provisionalidad la Sra. Sara Pechthalt hasta tanto se realice nuevo concurso de méritos y posteriormente nueva lista de elegibles.

En cuanto a la presunta falta de motivación del acto administrativo del Decreto 1228 del 1 de diciembre de 2020 adujo que 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 llevo a su expedición. Así, en el caso concreto, se tiene que el citado artículo 185 del Decreto 262 de 2000 establece con claridad 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. Es decir que la expedición del acto administrativo se hace por y para el servicio, de tal suerte que la motivación del acto administrativo es la expedición del propio acto.

- ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el 04 de marzo de 2021, ante la oficina de servicios judiciales de este distrito y repartida ese mismo día a esta Corporación. Mediante auto No. 33 del 10 de marzo de la presente anualidad (auto aclarado en providencia del 18 de marzo en lo relativo al artículo demandado), se admitió la demanda y se accedió a la medida cautelar de suspensión provisional, cautela que fue objeto del recurso horizontal.

Mediante auto No 053 del 22 de abril, se repuso la medida cautelar denegando la suspensión provisional del acto demandado. Mediante providencia No. 83 de fecha 27 de Julio de 2021 se ordenó correr traslado para alegar de conclusión de forma escrita de conformidad con el artículo 182 A de la ley 1437 de 2011, modificada por la Ley 2080 de 2021, oportunidad que fue aprovechada por la totalidad de los sujetos procesales.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

- ALEGATOS

Demandante.

Reiteró los argumentos con los que presento su demanda.

Demandadas

Procuraduría General de la Nación.

Reiteró los argumentos con los que contestó la demanda.

Demandada – Sara Pechthalt

El apoderado de la demandada reiteró los argumentos con los que contestó la demanda, aunado a ello adicionó la *carencia actual de objeto* por sustracción de materia, al respecto afirmó:

En el plano electoral, la declaratoria de la carencia de objeto ha sido autorizada en los eventos en los que el operador judicial advierte que el acto sometido a escrutinio, a pesar de su expedición, no ha producido efectos, ni puede llegar a hacerlo, por lo que no existe materia que pueda ser analizada por parte del juez de la legalidad. Se trata de una construcción que parte de la distinción clásica que diferencia los elementos de existencia del acto con los de validez, que tienen como principal propósito identificar su avenencia o no con el ordenamiento.

Ministerio Público

El agente del Ministerio Público brindo concepto dentro del proceso de la referencia del cual se pueden extraer las siguientes conclusiones:

“Así las cosas, encuentra esta Agencia que las pretensiones de la demanda, no están llamadas a prosperar toda vez que la no utilización de la figura del encargo para nombrar en el cargo de Procurador 26 Judicial II para Asuntos de Conciliación Administrativa de Ibagué, Código 3PJ, grado EG, que echa de menos la parte actora, así como la falta de motivación del acto de prórroga de nombramiento, ahora acusado, no resultan ser suficientes para enervar la legalidad del acto cuestionado.

En efecto, como se desprende de las normas y decisiones jurisprudenciales precitadas, la Procuraduría General de la Nación tiene un régimen especial, conforme al art. 185 del Dto. Ley 262 de 2000, según el cual el nominador “en caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño”.

Lo anteriormente expuesto, faculta al Procurador General de la Nación, discrecionalmente para, ante vacancia definitiva de un empleo de carrera, a falta de lista de elegibles, disyuntivamente, a su elección, nombrar en provisionalidad sin sujeción al encargo, pues la aplicación de la ley 909 de 2004 que alega la parte actora, solo es exigible de manera supletoria. De tal guisa, que tal acto no requiere más motivación que la contenida en la ley que lo faculta para actuar de tal manera, por razones del servicio, las cuales han de presumirse entonces como motivación suficiente.”



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

III. CONSIDERACIONES.

- PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde en esta oportunidad a la Sala determinar si el acto administrativo demandado – artículo 77 del Decreto 1228 del 1º de diciembre 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.

Consecuente con lo decidido por esta Corporación en fallo del 12 de febrero de la presente anualidad dentro del proceso radicado No. 88-001-23-33-001-2019-00015-00, la Sala reiterará las razones que llevaron a la nulidad del acto administrativo contenido en la prórroga del nombramiento de la Sra. Sara Esther Pechthalt en el cargo de **Procuradora 17 Judicial II de Asuntos Agrarios de San Andrés, Código 3PJ, grado EC**, para ello:

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 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. 1228 de 2020 (1 de diciembre 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,**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO SETENTA Y SIETE. - *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. (...)*

El régimen de Carrera Administrativa y la Procuraduría General de la Nación.

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 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.



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Sentencia No. 065

SIGCMA

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 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



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

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 los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el Art. 2º ibídem.

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

[...]

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

[...]

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

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

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.



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

De la motivación de los actos administrativos

Sobre la motivación de los actos administrativos en general, el Consejo de Estado¹ en reiterada y decantada jurisprudencia enseña:

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 controvertan, 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*

¹ 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



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso”²(Subrayas y negrillas de la sala)

Hechos Probados.

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 1228 del 1º de diciembre de 2020, en el cual se prorrogaron unos nombramientos provisionales, entre ellos el de Sara Pecthalt de Sabbah²³, 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, relación fáctica o secuencia histórica de la cadena de prorrogas que precedieron su nacimiento.

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: sin embargo ninguna de las designaciones fue aceptada por sus titulares.

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.

7. La lista de elegibles para el cargo que ostenta la Sra. Pechthalt que tuvo su nacimiento con la Resolución 345 del 8 de agosto de 2016 (Convocatoria 006 de 2015) no se encuentra vigente.

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

² En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 2005: “De igual manera, en sede de tutela, la Corte ha amparado los derechos fundamentales de los funcionarios nombrados en provisionalidad, en el sentido de que el acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado, por cuanto `pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción”



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

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 aseveraciones y hechos aceptados por las partes, 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 ninguno tomó posesión del mismo.

En consecuencia, una vez agotada la lista de elegibles o habiendo ocurrido su vencimiento, el nominador se encuentra facultado por el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 para que, en aras de asegurar la continuidad de la función pública, proveer los cargos bajo otras modalidades ajenas al concurso de méritos, recayendo el debate de marras en determinar si existe una discrecionalidad de la forma de provisión de la vacante definitiva 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.

En este punto, la Sala reitera que 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 persistencia de la vacancia está facultado para hacer nombramientos en provisionalidad.

Al respecto la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-563 de 2000 expresó:

*“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 2015

“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



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Sentencia No. 065

SIGCMA

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).

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.

De la necesidad de motivación de los actos administrativos

En el caso que nos ocupa se evidencia que el acto demandado omite por completo cualquier motivación. El Decreto 1228 del 1º de diciembre 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.

La motivación de los actos administrativos constituye requisito indispensable para su validez, más aún cuando del nombramiento de cargos propios de la carrera administrativa se trata, pues la provisión ajena al mérito para este tipo de empleos corresponde un evento extraño que hace necesaria la explicación de motivos por los cuales el nominador se apartó de los designios del art 125 superior y en lo



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

particular el Art 190 del Decreto 262 de 2000; normas que puestas de frente al Decreto 1228 de 2020 proferido por el Señor Procurador General de la Nación, evidencia la falta en forma absoluta de cualquier enunciación de las razones del servicio, específicamente las razones de hecho y derecho que le dieron lugar a su nacimiento.

la ausencia de motivación específica del acto demandando no puede atender a una enunciación genérica y ritualista de “las razones del servicio” cuando la naturaleza del cargo dispone la obligatoria realización de un proceso de selección objetiva para su provisión, en donde su no materialización correspondería al insumo que da sentido a *la realidad fáctica jurídica que le brinda sustento a la decisión administrativa* (nombramiento provisional para el caso concreto); Sin embargo, dicha descripción expresa y específica constituye una obligación tácita concurrente a aquella misma de la realización del proceso de selección objetiva y representa requisito esencial de validez de los actos administrativos, que en cumplimiento de los preceptos constitucionales rectores de todas las actuaciones públicas permitiría a los administrados *contradecir las decisiones en las vías gubernativa y judicial para evitar la constitución de actos de abuso del poder*.

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. 77 del Decreto No. 1228 del 1 de diciembre 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,



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

IV. FALLA

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del artículo 77 del Decreto 1228 del 1 de diciembre 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

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA.

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 88-001-23-33-000-2021-00007-00)

Firmado Por:

**Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 001 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Noemi Carreño Corpus
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL
DEPARTAMENTO ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

Sentencia No. 065

SIGCMA

**Contencioso 003 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

**Jose Maria Mow Herrera
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Contencioso 002 Administrativa
Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres**

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:

6631cb7da525bd7e0610ce10449db11676743c95ab40709cd2d5c5ad6647ce91

Documento generado en 27/08/2021 11:24:20 AM