Acción o medio de control. Nulidad y restablecimiento del derecho.
Radicado. 19001233300320170046400
Demandante. Samir Elías Jalilie Piedrahita.
Demandado. Procuraduría General de la Nación.
Fecha de la sentencia. Marzo 3 de 2020.
Magistrado ponente. Carlos Hernando Jaramillo Delgado.
Descriptor 1. **Desvinculación del servicio.**
Restrictor 1.1. Cargo en provisionalidad.
Descriptor 2. Concurso de méritos.
Restrictor 2.1. Cargo de procurador judicial penal.
Resumen del caso. El actor fue Procurador judicial en lo penal ocupando el cargo en provisionalidad siendo retirado del servicio a raíz del nombramiento de la persona que ganó el concurso de méritos. El actor considera que el acto administrativo de desvinculación se soporta a su vez, en un acto ilegal. La demandada considera que el concurso de méritos fue soportado en la Sentencia C-101 de 2013 referida el régimen de carrera de la entidad, diferenciándolo de la forma de vinculación en los cargos de la Rama Judicial.
Tesis 1. El acto administrativo de regulación y convocatoria del concurso goza de la presunción de legalidad.
Tesis 2. El cargo está sometido al estatuto de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación y para su provisión no contempla la realización de un curso concurso –como ocurre en la Rama Judicial.
Tesis 3. El empleo cambió de naturaleza, por lo cual, quienes los ocupaban antes del concurso, pasaron a una situación de provisionalidad.
Tesis 4. El razonamiento del actor, en el que sustenta que la nulidad del Decreto 3441 de 2016 proviene de la ilegalidad de la Resolución 040 de 2015 y de los demás actos generales del concurso de méritos, es erróneo ya que la ilegalidad de un acto administrativo no se transmite a otro acto.
Tesis 5. El acto administrativo de retiro del servicio del actor, que es el Decreto 3441 de 2016, está debidamente motivado en una de las razones mencionadas, esto es, que el cargo de Procurador Judicial I Penal en Popayán fue provisto por concurso de méritos.
Conclusión. El actor ocupó el cargo de procurador judicial inicialmente como libre nombramiento y remoción, posteriormente en razón de la sentencia C - 101 de 2013, el cargo mutó en su naturaleza pasando a ser de carrera administrativa, por lo cual, el actor quedó ejerciéndolo en una situación de provisionalidad, en la que finalmente fue retirado. El acto de retiro del servicio, mantiene su presunción de legalidad.
Decisión. Niega las pretensiones de la demanda.
Razón de la decisión. *El (actor …), adujo que el Decreto 3441 de 2016, incurría en la causal de anulación de violación o desconocimiento de las normas superiores en que debería fundarse. En este sentido, razonó que*

la nulidad del decreto proviene de la ilegalidad de los actos administrativos generales emitidos a lo largo del concurso de méritos, en especial, del que abrió y reglamentó el concurso, Resolución No. 040 de 2015, y del que conformó la lista de elegibles, Resolución No. 340 de 2016.

Para la Sala, este razonamiento, que constituye el planteamiento medular de la demanda, no es de recibo, porque en el ordenamiento jurídico colombiano, la ilegalidad de un acto administrativo no se transmite o no implica la ilegalidad de otro acto administrativo como mal lo alega la parte actora. En gracia de discusión, en este tipo de situaciones, lo que el ordenamiento jurídico colombiano prevé, es que la ilegalidad de un acto administrativo que dio origen a otro, puede configurar el fenómeno del decaimiento de este último, por el desaparecimiento de los fundamentos de derecho en que se funda, lo que consiste en la pérdida de la ejecutoriedad y de la ejecutividad de los actos, pero no en una transmisión de la ilegalidad.

Ahora que, profundizando en el caso concreto, se observa que la Resolución No. 040 de 2015, mantiene aún su presunción de legalidad, y es juzgada en ejercicio del medio de control de simple nulidad, dentro del radicado 11010325000201500366600, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo que fue aducido en la contestación a la demanda y lo que se comprueba en el sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial y en la página web del Consejo de Estado. Cabe anotar que dentro de ese juicio, la Sección Segunda, en auto de 15 de febrero de 2018, radicado 0740-15, no decretó la suspensión provisional de la resolución indicada, para lo que analizó algunos cargos semejantes a los planteados en la demanda de la referencia.

Bajo esta premisa, la Sala estima que el razonamiento de la parte actora, en el que sustenta que la nulidad del Decreto 3441 de 2016 proviene de la ilegalidad de la Resolución 040 de 2015 y de los demás actos generales del concurso de méritos, no prospera. (…)

La sentencia C 101 de 2013, estableció que los cargos de procurador judicial deben ser de carrera administrativa, lo que fundó, justamente, en el artículo 280 constitucional, que prevé la equivalencia que deben guardar con los cargos de jueces y magistrados ante quienes actúan. Pero la sentencia aclaró que los cargos de procurador judicial pertenecen a la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, y no a la carrera de otra entidad, especialmente, no a la carrera administrativa de la Rama Judicial (…).

De lo que se sigue que no es cierta la aseveración de la parte demandante, consistente en que a los procuradores judiciales no deba aplicárseles el Decreto 262 de 2000, y que pertenecen entonces a una carrera administrativa especial. En otras palabras, a los cargos de procurador judicial I y II, sí se les aplica el Decreto 262 de 2000, que determinó la estructura funcional y de empleos, y el funcionamiento, de la Procuraduría General de la Nación. Además, el decreto mencionado regula la carrera administrativa dentro de la entidad, y no se limita a los empleos de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación. Tampoco cabe considerar la necesidad de una carrera administrativa especial para los cargos de procurador judicial, porque estas devienen de la Constitución en razón de la particular naturaleza y de las específicas funciones que cumple una entidad en la estructura del Estado.

A la vez, la equivalencia de los cargos de procurador judicial con los cargos de jueces y magistrados, no se extiende a que, para su provisión, deba surtirse un curso – concurso, pues ello no se deriva del artículo 280 de la Constitución Política, tampoco se desprende así de la sentencia C 101 de 2013, y como se deja expuesto, la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación es diferente a la prevista para la Rama Judicial (…)

Por último, la Sala considera pertinente aclarar que, en este caso, como en todos los relacionados a los cargos de procurador judicial, el señor Samir Elías Jalilie, ocupó el cargo de

procurador judicial primero en libre nombramiento y remoción, y que, ipso iure, o de pleno derecho, en razón de la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C 101 de 2013, el cargo cambió o mutó su naturaleza a ser de carrera administrativa, por lo cual, el actor quedó ejerciéndolo en una situación de provisionalidad, en la que finalmente fue retirado. (…)

En este sentido, para el retiro del servicio de empleados en provisionalidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, exige que el acto administrativo de retiro del servicio atienda razones constitucionalmente aceptables, a saber: (i) la calificación de desempeño, (ii) la comisión de faltas disciplinarias o (iii) la provisión del cargo por concurso de méritos.

Aplicado lo anterior al caso concreto, la Sala observa que el acto administrativo de retiro del servicio del señor Samir Elías Jalilie, que es el Decreto 3441 de 2016, está debidamente motivado en una de las razones mencionadas, esto es, que el cargo de Procurador Judicial I Penal en Popayán fue provisto por concurso de méritos, con el nombramiento en período de prueba de la señora María Camila Arellano. Consecuentemente, el retiro del servicio del actor, mantiene su presunción de legalidad.

Observación del Despacho del Magistrado ponente sobre la relevancia de la sentencia.

En esta providencia se resolvió sobre la demanda presentada contra el concurso de méritos para la provisión de los empleos de procurador judicial, en la Procuraduría General de la Nación. La Sala destacó que la realización de dicho concurso fue ordenada por la Corte Constitucional, y que el acto administrativo de regulación y convocatoria, goza de la presunción de legalidad. Subrayó también que tales cargos se someten al estatuto de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, en el que, para su provisión, no contempla la realización de un curso concurso –como ocurre en la Rama Judicial-. Finalmente, en la sentencia se aclara que esos empleos cambiaron de naturaleza, por lo cual, quienes los ocupaban antes del concurso, pasaron a una situación de provisionalidad, en la que fueron retirados.

Nota de Relatoría.

Con la finalidad de ampliar la base de datos del lector sobre fallosdel Tribunal, respecto de **desvinculación de personas en provisionalidad y/o por uso de facultad discrecional**, pueden verse las siguientes providencias:

Medio de control: ***NULIDAD ELECTORAL/ Sistemas especiales de carrera administrativa/ Ley 201 de 1995/ Nombramiento provisional/ Poder discrecional/ Encargo/ Cargo de carrera/ Caso.*** *El actor solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo, expedido por el Defensor del Pueblo, por el cual, nombró a una persona provisionalmente en el cargo de Profesional Especializado, Código 2010, Grado 17 del nivel profesional de la carrera administrativa de la Defensoría del Pueblo, Regional Cauca, argumentando que se desconocieron los derechos de carrera, consagrados en la Ley 909 de 2004, que establece que esta tipología de cargos serán ocupados, mediante encargo/* ***Tesis 1.*** *La norma general de carrera administrativa de las entidades públicas –Ley 909- aplica de manera supletoria y frente a vacíos de la norma especial/* ***Tesis 2.*** *La Ley 201 de 1995, regula expresamente las soluciones jurídicas de carácter discrecional que puede adoptar el nominador ante el escenario de una vacante en empleos de carrera/* ***Decisión.*** *Niega las pretensiones de la demanda/* ***Radicado.*** *19001233300520190018000/* ***Fecha de la sentencia.*** *Noviembre 14 de 2019/* ***Magistrado ponente, Jairo Restrepo Cáceres.*** **Publicada en el boletín jurisprudencial 1 de 2020, título 2.**

Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho/Declaración de insubsistencia/Cargo en provisionalidad/ Requisitos jurisprudenciales/ Falsa motivación/ Caso*. Se estudia la validez de*

*acto administrativo emitido por el Alcalde municipal de Miranda, Cauca, en el que declaró la insubsistencia del nombramiento del actor, en el cargo de Técnico Administrativo, Código 314, Grado 07/**Tesis.** En el acto administrativo que declaró la insubsistencia del nombramiento en provisionalidad del actor, se incurrió en la causal de anulación de falsa motivación, al no cumplir el criterio de suficiencia indicado por la jurisprudencia/ **Demandante.** Iván Arturo Rivera Arias/ **Demandado.** Municipio de Miranda – Cauca/ **Decisión.** Revoca sentencia de la aquo y accede a pretensiones de la demanda/ **Fecha de la sentencia.** Mayo 23 de 2019/ **Magistrado ponente, Carlos Hernando Jaramillo Delgado.*** **Publicada en el boletín 3, de 2019.**

Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho de abril 20 de 2017/Descriptor: Supresión de cargos/ Reestructuración administrativa, Supresión de cargo en provisionalidad/ Falta de motivación y/o desviación de poder/*Empleado municipal en condición de provisionalidad a quien por restructuración administrativa se le suprimió el cargo. Pretende se le reintegre y se le paguen emolumentos dejados de percibir. Niega pretensiones. M.P. Pedro Javier Bolaños Andrade.* ***Publicada en el boletín jurisprudencial 2, de 2017.***

Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho de octubre 13 de 2016. Descriptor*: **Desviación de poder**. **Restrictor: Desvinculación del servicio de servidor público en provisionalidad**. Caso de servidora pública en provisionalidad de profesión abogada que es desvinculada del servicio en el departamento del Cauca, con el fin de reincorporar a servidor público zootecnista con motivo de orden judicial. Se arguye desviación de poder ya que la Entidad debió cumplir la orden judicial, sin necesidad de desvincular a la servidora. Revocó decisión de primera instancia que había negado pretensiones de la demanda. Virginia Balcázar Ortiz vs Departamento del Cauca.* ***M.P. Carmen Amparo Ponce Delgado. Publicada en el boletín No. 4 de diciembre, de 2016 del Tribunal Administrativo del Cauca.***

Sentencia de nulidad y restablecimiento del derecho de junio 30 de 2016. Descriptor: desviación de poder, Restrictor: Retiro discrecional del Servicio Policía Nacional. *Debió justificarse el retiro. Confirma – accede. William Jafeth Vivas Urrutia vs Policía Nacional.* ***M. P. Pedro Javier Bolaños Andrade.***

Sentencia de nulidad y restablecimiento del 22 de enero de 2014. Declaratoria de insubsistencia de auxiliar administrativo de municipio. Descriptor: Falsa motivación. Sobre el ejercicio de La facultad discrecional/La misma tiene límites fijados por la Constitución y la ley. *La administración goza de la facultad de remover a funcionarios nombrados en provisionalidad, siempre y cuando la remoción se haga bajo las garantías constitucionales y con observancia de las disposiciones legales pertinentes. El retiro de los servidores públicos es una competencia reglada de la Administración que se hace por acto debidamente motivado, no teniendo validez en casos donde la motivación resulta falsa. Luz Enit Guazá vs Municipio de Suárez.* ***M. P. Carlos Hernando Jaramillo Delgado.***

Popayán, tres de marzo de dos mil veinte

Magistrado ponente: **CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO**

Expediente: **19001 23 33 003 2017 00464 00**
Actor: **SAMIR ELÍAS JALILIE PIEDRAHITA**
Demandado: **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**
Medio de control: **NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**
Primera instancia

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA

Parte demandante

SAMIR ELÍAS JALILIE PIEDRAHÍTA

Parte demandada

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Las pretensiones

La parte demandante, a través de apoderado, por el medio del control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó:

> Que se inaplique la Resolución No. 040 de 20 de enero de 2015, por medio de la cual, la Procuraduría General de la Nación, convocó a un concurso de méritos para proveer en propiedad los cargos de procuradores judiciales I y II.
>
> Que se inaplique la Resolución No. 340, por medio de la cual se publicó la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial I.
>
> Que se inaplique la totalidad de los actos administrativos de carácter general, emitidos en el marco del concurso de méritos referido.
>
> Que se declare la nulidad del Decreto 3441 de 8 de agosto de 2016, por medio del cual se dispuso la desvinculación del actor del cargo que ocupaba en la entidad.
>
> Que se condene a la entidad demandada:
>
> > A reintegrar al actor en el cargo de Procurador Judicial I en Popayán, Cauca, en las mismas condiciones laborales, salariales y prestacionales que detentaba antes de la expedición del acto demandado.
> >
> > Al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, en el valor que corresponda a los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha de su desvinculación hasta la fecha en que se profiera la sentencia correspondiente.
> >
> > Al reconocimiento y pago de los perjuicios morales, en la suma de 100 SMLMV.

Que las sumas resultantes sean indexadas, y se condene en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

Los hechos

Como sustento de estas pretensiones, en la demanda se exponen los siguientes hechos:

El señor Samir Elías Jalilie Piedrahita, se encontraba vinculado en el cargo de Procurador Judicial I Penal en Popayán, Cauca.

La Procuraduría General de la Nación, ordenó la apertura del proceso de contratación de licitación pública, para desarrollar el concurso de méritos para la provisión de empleos de carrera dentro de la entidad, proceso que fue adjudicado a la Universidad de Pamplona, con quien se celebró el contrato No. 197-097-2014, de 11 de diciembre de 2014.

Seguidamente, se emitió la Resolución No. 040 de 20 de enero de 2015, en la que se abrió y reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad, entre estos, 744 empleos de procurador judicial I y II.

Surtido todo el proceso anterior, por Decreto 3441 de 8 de agosto de 2016, se designó a la señora María Camila Arellano Córdoba, para ocupar el cargo del señor Samir Elías Jalilie, de quien se dispuso la cesación de su vinculación con la entidad. *Fls. 11 y siguientes*

Las normas violadas y el concepto de violación

La demanda plantea que la nulidad del decreto de desvinculación del cargo, proviene de la ilegalidad del acto administrativo general que convocó al concurso de méritos –Resolución No. 040 de 2015-, y de la ilegalidad del acto administrativo general que estableció la lista de elegibles para el empleo –Resolución No. 340 de 2016-.

En este sentido, considera que el Decreto 3441 de 2016, se expidió contraviniendo las siguientes normas:

Artículos 4, 13, 113, 125, 279 y 280 de la Constitución Política
Artículos 194 y 203 del Decreto 262 de 2000
Artículo 20 del Decreto 263 de 2000
Artículos 4 y 7 del Decreto 264 de 2000
Resolución No. 253 de 2012 de la Procuraduría General de la Nación.

Para desarrollar el primer cargo, explicó que de conformidad con el artículo 280 de la Constitución Política y las sentencias C 223 de 1995 y C 245 de 1995 de la Corte Constitucional, los agentes del Ministerio Público deben tener las mismas calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones de los magistrados y jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo. Que además, de acuerdo con la sentencia C 101 de 2013 de la Corte Constitucional, los cargos de procurador judicial I y II, deben ser de carrera y no de libre nombramiento y remoción, porque esa es la naturaleza que ostentan los cargos de jueces y magistrados. En consecuencia, el concurso que se debe aplicar a una u otra entidad debe ser el mismo, so pena de que las calidades de los empleos variaran. Aseveró que exigir

las mismas calidades y, por tanto, las mismas condiciones generales para el acceso a los empleos, garantiza la labor de administración de justicia.

Asentó también que los procuradores judiciales I y II, tienen independencia absoluta frente a los jueces y magistrados ante quienes actúan, pero que tienen una independencia relativa ante el Procurador General de la Nación, por lo cual, siguen fielmente sus directrices, lo que es reconocido en los artículos 1, 2 y 237 del Decreto 262 de 2000. Ello explica que aquellos sean empleos de carrera y todos los demás procuradores delegados sean de libre nombramiento y remoción. Que en este sentido, a los procuradores judiciales I y II no se les puede aplicar el Decreto 262 de 2000, porque está enfocado a funcionarios distintos, que no garantiza la autonomía e independencia que deben ostentar en el cumplimiento de sus funciones en los procesos judiciales.

Descendiendo aún más, dijo que el concurso para el nombramiento de procuradores judiciales I y II, es desemejante en las condiciones generales de selección de elegibles que el concurso para el nombramiento de jueces y magistrados, es decir, que se viola el principio de igualdad entre quienes ocupan dichos empleos. En otras palabras, sostuvo que los procuradores judiciales I y II, merecen un régimen particular de carrera administrativa, en razón de las funciones que cumplen. Y que, en específico, debe aplicarse el curso-concurso, como se hace en la Rama Judicial. Indicó que el curso concurso está previsto para la FGN en el Decreto 020 de 2014, y para la Rama Judicial, en la Ley 270 de 1996.

En desarrollo del segundo cargo, dijo que de conformidad con los artículos 125 y 279 de la Constitución Política, todos los componentes de la carrera administrativa especial de la PGN, son de reserva o deben ser determinados por la ley. En consecuencia, los aspectos esenciales y definitorios de la carrera y el concurso de los empleos de procurador judicial I y II, no podían ser desarrollados por la Resolución No. 040 de 20 de enero de 2015. Que, mutatis mutandis, en sentencia C 878 de 2008, la Corte Constitucional, consideró inconstitucional que se concediera a un órgano administrativo la facultad de reglamentar lo relativo al ingreso por carrera y al retiro del servicio de la FGN. Todo lo cual, en su sentir, acontece, específicamente, con los siguientes aspectos: la homologación o equivalencias, la divulgación del concurso y la evaluación y calificación de los candidatos a procurador judicial I y II.

Para desarrollarlo el tercer cargo, manifestó que se desconoció la reserva de ley estatutaria, porque en la Resolución No. 040 de 2015, se regulan elementos torales concernientes a la administración de justicia y el derecho de acceso a los cargos públicos.

El cuarto cargo lo hizo consistir en que en el concurso de méritos no se previó equivalencia alguna para cargos del nivel profesional, como lo son los de procuradores judiciales I y II, pese a que están contempladas en el artículo 20 del Decreto 263 de 2000.

El quinto cargo, lo estructuró en que la Resolución No. 040 de 2015, estableció que la experiencia profesional se contabilizaba desde la fecha de grado profesional, lo que contradice el artículo 14 del Decreto 2772 de 2005 y el artículo 229 del Decreto 19 de 2012, en los que se determina que la experiencia profesional cuenta desde la terminación del pensum académico.

En desarrollo del sexto cargo, consideró que la Resolución No. 040 de 2015, viola la Ley 527 de 1999, porque exige que las publicaciones, como aspecto que otorga puntaje a los aspirantes, deba ser allegada en físico, desconociendo la validez y autenticidad de los mensajes de datos o documentos electrónicos.

Y en el séptimo cargo, alegó que el decreto demandado es ilegal, porque no fue notificado personalmente, sino que fue comunicado. *Fls. 11 y siguientes*

2. RECUENTO PROCESAL

La demanda fue presentada el 13 de febrero de 2017 –fl. 11-, fue admitida, se vinculó a la señora María Camila Arellano quien ocupó el cargo del actor, y fue notificada en debida forma.

3. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Procuraduría General de la Nación**, contestó la demanda a través de apoderado y en tiempo oportuno.

En la contestación se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos relacionados con la convocatoria al concurso de méritos y negó los relacionados con las irregularidades expuestos en la demanda, sobre lo cual, aseveró que fueron desestimadas por el órgano competente.

En las razones de defensa enseñó el origen del concurso de méritos, fincado en la sentencia C 101 de 2013, explicó el régimen de carrera de la entidad y lo diferenció en la forma de vinculación en los cargos de la Rama Judicial.

Planteó únicamente la excepción genérica o innominada. Y pidió que se nieguen las pretensiones elevadas. *Fls. 97 y siguientes.*

La señora **María Camila Arellano,** debidamente notificada, no compareció al proceso.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia

El TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA es competente para conocer de este asunto, en primera instancia, de acuerdo a los artículos 152.2 y 156.3 del CPACA, en tanto que se trata del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por servicios prestados en esta jurisdicción, cuya cuantía supera los 50 SMLMV.

2. Lo probado

Con los elementos de prueba allegados, están demostrados los siguientes hechos:

El señor Samir Elías Jalilie, desempeñó el cargo de Procurador Judicial I Penal, Código 3PJ, Grado EG, en Popayán, según se acepta por las partes y se induce por el acto administrativo de retiro del servicio, que reposa a folios 5 y 6 del cuaderno principal.

En la Procuraduría General de la Nación, por Resolución No. 040 de 20 de enero de 2015, se abrió y se reglamentó la convocatoria del proceso de selección para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales de la entidad. A folio 122 y siguientes.

Resultado de este concurso, por Decreto 3441 de 8 de agosto de 2016, se dispuso nombrar en período de prueba a la señora María Camila Arellano, en el cargo de Procurador Judicial I,

Código 3PJ, Grado EG, en la Procuraduría 247 Judicial I Penal, en Popayán, a la vez que se decretó que, a partir de su posesión, culmina la vinculación del señor Samir Elías Jalilie, quien se desempeñaba en ese cargo. A folio 5 y 147. Lo anterior le fue comunicada por oficio que reposa a folio 7.

El señor Jalilie Piedrahita fue desvinculado efectivamente el 2 de septiembre de 2016, según se dice en la demanda, a folio 15.

Al plenario también se allegó una certificación de salarios del actor, a folio 8 del cuaderno principal.

3. Juicio de la Sala

Como se desprende de los antecedentes expuestos, el señor Samir Elías Jalilie, ocupó el cargo de Procurador Judicial I Penal en Popayán. Estos cargos de procurador judicial I y II, estaban contemplados en el artículo 182 del Decreto 262 de 2000, como empleos de libre nombramiento y remoción, lo cual fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C 101 de 2013.

En esta sentencia, se consideró que la consagración de los empleos de procurador judicial como empleos de libre nombramiento y remoción, vulnera el artículo 280 de la Constitución Política, que establece la equivalencia con los jueces y magistrados ante quienes se desempeñan, que están clasificados como empleos de carrera administrativa. La sentencia dice, esencialmente, lo siguiente:

> *5.4.3. El artículo 280 constitucional regula situaciones jurídicas de dos tipos de servidores públicos: los agentes del ministerio público que ejercen su cargo ante la rama judicial; y los magistrados y jueces ante quienes ellos actúan. Entre los factores equiparables de unos y otros, se encuentran los "derechos", al lado de "categoría y calidades" como de "remuneración y prestaciones". Ello indica que la acepción "derechos" adquiere un contenido específico que la diferencia de otros derechos asociados régimen salarial y prestacional de los procuradores judiciales. Entre "derechos" objeto de homologación, que no tienen por objeto ni la remuneración ni las prestaciones, se encuentra el de pertenencia a un régimen de carrera, que entraña para sus titulares garantías de estabilidad laboral, de acceso a los cargos y promoción a los mismos a través de la selección y evaluación objetivos, con base en criterios del mérito y las calidades personales, propios de la carrera administrativa o judicial; de tal pertenencia a la carrera se deriva, puntualmente, la garantía de que su nombramiento y remoción no puede ser el resultado de la discrecionalidad del nominador y de gozar de la estabilidad que tienen los magistrados y jueces ante quienes ejercen sus funciones.*
>
> *5.4.4. El artículo 280 de la Constitución Política refuerza lo anteriormente señalado, cuando establece que los agentes del Ministerio Público tendrán la misma "categoría" de los magistrados y jueces ante los que actúan, vocablo que significa la equivalencia en los cargos que desempeñan unos y otros, la cual se quebranta con la distinción que realiza la disposición acusada, al clasificar el cargo de procurador judicial como de libre nombramiento y remoción, cuando los de los jueces y magistrados ante los que actúan, son de carrera administrativa, conduciendo a su inexequibilidad.*
>
> *5.4.5. Así, los procuradores judiciales, en su condición de agentes del Ministerio Público que actúan ante jueces y tribunales cuyos cargos han sido definidos por el*

legislador -Ley 270 de 1996- como de carrera, tienen el derecho a ser clasificados igualmente como carrera administrativa, en aplicación del artículo 280 constitucional. Tal decisión, además, se aviene con el principio general de la carrera, prevista en el artículo 125 superior.

En consonancia con estas consideraciones, la Corte advirtió que la inclusión de esos empleos se hace a la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, a la vez que ordenó la realización del concurso de méritos para proveer dichos cargos en propiedad. En la sentencia, en lo pertinente, se dijo:

5.5.1. La Corte declarará la inexequibilidad de la norma demandada, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de "derechos" entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, entendiendo esta Corte que entre los derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa.

5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los "procuradores judiciales" es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.

5.5.3. En consecuencia, al declarar inexequible la expresión "procurador judicial", contenida en el numeral 2) del artículo 182 del decreto ley 262 de 2000 -que los define como de libre nombramiento y remoción-, ordenará a la Procuraduría General de la Nación la convocación de un concurso público de méritos para la provisión de tales cargos, en un término no mayor de seis (6) meses, de acuerdo con las reglas y procedimientos que lo regulan.

Como lo anotan las partes, el concurso fue efectivamente convocado y reglamentado por la Resolución No. 040 de 2015, emitida por el Procurador General de la Nación. El concurso, una vez tramitado y agotado, arrojó la lista de elegibles y el nombramiento en período de prueba de quienes ocuparon la lista de elegibles. En este asunto, lo anterior se concretó en la expedición del Decreto 3441 de 8 de agosto de 2016, en el que se efectuó el nombramiento de la Dra. María Camila Arellano Córdoba, y la consecuente desvinculación del señor Samir Elías Jalilie, en el cargo que ocupaba de Procurador Judicial I Penal en Popayán.

El señor Jalilie Piedrahita, inconforme con esta decisión, adujo que el Decreto 3441 de 2016, incurría en la causal de anulación de violación o desconocimiento de las normas superiores en que debería fundarse. En este sentido, razonó que la nulidad del decreto proviene de la ilegalidad de los actos administrativos generales emitidos a lo largo del concurso de méritos, en especial, del que abrió y reglamentó el concurso, Resolución No. 040 de 2015, y del que conformó la lista de elegibles, Resolución No. 340 de 2016.

Para la Sala, este razonamiento, que constituye el planteamiento medular de la demanda, no es de recibo, porque en el ordenamiento jurídico colombiano, la ilegalidad de un acto administrativo no se transmite o no implica la ilegalidad de otro acto administrativo como mal lo alega la parte actora. En gracia de discusión, en este tipo de situaciones, lo que el ordenamiento jurídico colombiano prevé, es que la ilegalidad de un acto administrativo que dio origen a otro, puede configurar el fenómeno del decaimiento de este último, por el desaparecimiento de los fundamentos de derecho en que se funda, lo que consiste en la pérdida de la ejecutoriedad y de la ejecutividad de los actos, pero no en una transmisión de la ilegalidad.

Ahora que, profundizando en el caso concreto, se observa que la Resolución No. 040 de 2015, mantiene aún su presunción de legalidad, y es juzgada en ejercicio del medio de control de simple nulidad, dentro del radicado 11010325000201500366600, por la Sección Segunda del Consejo de Estado, lo que fue aducido en la contestación a la demanda y lo que se comprueba en el sistema de consulta de procesos de la Rama Judicial y en la página web del Consejo de Estado. Cabe anotar que dentro de ese juicio, la Sección Segunda, en auto de 15 de febrero de 2018, radicado 0740-15, no decretó la suspensión provisional de la resolución indicada, para lo que analizó algunos cargos semejantes a los planteados en la demanda de la referencia.

Bajo esta premisa, la Sala estima que el razonamiento de la parte actora, en el que sustenta que la nulidad del Decreto 3441 de 2016 proviene de la ilegalidad de la Resolución 040 de 2015 y de los demás actos generales del concurso de méritos, no prospera.

Empero, la Sala observa que la parte actora es consciente de lo anterior, por lo cual, en la demanda de la referencia pidió la inaplicación de la Resolución No. 040 de 2015, con el propósito que se considere que no hay lugar a mantener en el ordenamiento jurídico el Decreto 3441 de 2016, de retiro del servicio, por ser producto, en su sentir, de un concurso abierto y reglamentado en aquella resolución en forma ilegal.

Al respecto, en la demanda se alega que de acuerdo con el artículo 280 de la Constitución Política y la sentencia C 101 de 2013, los cargos de procurador judicial deben guardar o ser equivalentes a los cargos de jueces y magistrados ante quienes comparecen, lo que concreta o especifica en que dichos cargos deben ser de carrera administrativa, y que, por tanto, no se les debe aplicar el Decreto 262 de 2000, que está pensado para los demás cargos de procuradores delegados que son de libre nombramiento y remoción, a lo que agrega que para la provisión de los cargos de procurador judicial debe surtirse el curso - concurso como se hace en la carrera administrativa de la Rama Judicial.

En efecto, la sentencia C 101 de 2013, estableció que los cargos de procurador judicial deben ser de carrera administrativa, lo que fundó, justamente, en el artículo 280 constitucional, que prevé la equivalencia que deben guardar con los cargos de jueces y magistrados ante quienes actúan. Pero la sentencia aclaró que los cargos de procurador judicial pertenecen a la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, y no a la carrera de otra entidad, especialmente, no a la carrera administrativa de la Rama Judicial, como se desprende del aparte de la sentencia donde dice:

> *5.5.2. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los "procuradores judiciales" es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.*

De lo que se sigue que no es cierta la aseveración de la parte demandante, consistente en que a los procuradores judiciales no deba aplicárseles el Decreto 262 de 2000, y que pertenecen entonces a una carrera administrativa especial. En otras palabras, a los cargos de procurador judicial I y II, sí se les aplica el Decreto 262 de 2000, que determinó la estructura funcional y de empleos, y el funcionamiento, de la Procuraduría General de la Nación. Además, el decreto mencionado regula la carrera administrativa dentro de la entidad, y no se limita a los empleos de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación. Tampoco cabe considerar la necesidad de una carrera administrativa especial para los cargos de procurador judicial, porque estas devienen de la Constitución en razón de la

particular naturaleza y de las específicas funciones que cumple una entidad en la estructura del Estado.

A la vez, la equivalencia de los cargos de procurador judicial con los cargos de jueces y magistrados, no se extiende a que, para su provisión, deba surtirse un curso – concurso, pues ello no se deriva del artículo 280 de la Constitución Política, tampoco se desprende así de la sentencia C 101 de 2013, y como se deja expuesto, la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación es diferente a la prevista para la Rama Judicial.

La demanda también alega que de conformidad con los artículos 125 y 279 de la Constitución Política, los componentes de la carrera administrativa deben ser previstos o regulados por la ley, por lo cual, en su sentir, no podían ser determinados por la Resolución 040 de 2015, emitida por el Procurador General de la Nación, como autoridad administrativa. Dice además, que la regulación debió hacerse a través de una ley estatutaria, porque se tocan aspectos torales de la administración de justicia y del acceso a cargos públicos.

La Sala estima que estos planteamientos no son de recibo, porque la expedición de la resolución por la cual se abrió y reglamentó el concurso, se hizo en cumplimiento de la orden emanada de la Corte Constitucional en la sentencia C 101 de 2013. Y en este sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en el auto mencionado, consideró que

> *En este punto, basta con recordar que, como lo ha indicado la misma Corte Constitucional en repetidas ocasiones, más recientemente en la sentencia C-621 de 2015,*[1] *la «ratio decidendi» de sus decisiones, tanto en materia de constitucionalidad como en materia de tutela, es obligatoria y tiene fuerza de cosa juzgada constitucional; por lo que no podía la PGN apartarse y desconocer lo resuelto y ordenado en la sentencia C-101 de 2013.*
>
> *Por lo tanto la PGN se encontraba obligada, y por lo tanto habilitada, para adelantar el proceso de selección, a través de un concurso de méritos, para proveer en propiedad los cargos de Procurador Judicial, sin necesidad de esperar a que el legislador ordinario o extraordinario regulase lo relacionado con el ingreso a dichos empleos, pues, como ya se explicó en precedencia, el artículo 125 de la Constitución dispone que el acceso a los cargos de carrera se hará por mérito.*

Plantea la demanda que la Resolución No. 040 de 2015, es ilegal, porque i) no previó las equivalencias y homologaciones para el nivel profesional, ii) porque dispuso la contabilización de la experiencia profesional en forma diferente a la contabilización general, y porque iii) exigió allegar las publicaciones para obtener puntaje, en físico, desconociendo el valor de los mensajes de datos y de los documentos electrónicos.

Para la Sala, estos cargos no son de recibo, porque no se advierte cómo afectan la situación particular de desvinculación del señor Samir Elías Jalilie; es decir, en este proceso no hay elementos de juicio que indiquen que las omisiones alegadas, son constitutivas de una falsa motivación, desviación de poder o de cualquier otra causal de anulación del Decreto 3441 de 2016.

En lo atinente a que ese acto administrativo de retiro del servicio del actor fue comunicado y no notificado personalmente, debe decir la Sala que la publicidad de los actos administrativos, no afecta su validez sino su eficacia que, como bien lo reconoce la parte actora, se

[1] Con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

materializó porque el actor está retirado del servicio e interpuso la demanda de la referencia en tiempo oportuno.

Por último, la Sala considera pertinente aclarar que, en este caso, como en todos los relacionados a los cargos de procurador judicial, el señor Samir Elías Jalilie, ocupó el cargo de procurador judicial primero en libre nombramiento y remoción, y que, ipso iure, o de pleno derecho, en razón de la decisión de la Corte Constitucional en sentencia C 101 de 2013, el cargo cambió o mutó su naturaleza a ser de carrera administrativa, por lo cual, el actor quedó ejerciéndolo en una situación de provisionalidad, en la que finalmente fue retirado.

Esta afirmación, se sustenta en lo dicho en la demanda y en la contestación, y en las sentencias T 716 de 2013 y SU 691 de 2017, en la que se lee:

> *Para efecto de aclarar el tipo de estabilidad laboral con la que cuentan los accionantes, es pertinente traer al caso lo dispuesto en la sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, en la cual, la Corte Constitucional determinó que los cargos de procuradores judiciales de la Procuraduría General de la Nación son empleos de carrera especial. Anteriormente, dichos cargos estaban incluidos dentro de aquellos catalogados como empleos de libre nombramiento y remoción según lo dispuesto por el artículo 182 del Decreto 262 de 2000; sin embargo, la Corte encontró inconstitucional que los cargos de procuradores judiciales fueran catalogados como empleos de libre nombramiento y remoción, declarando la inexequibilidad parcial del numeral 2º del artículo 182 del Decreto 262 de 2000 respecto del apartado que establecía dichos empleos como de libre nombramiento y remoción. En consecuencia, ordenó a la Procuraduría General de la Nación que, en un término no mayor a 6 meses a partir de la notificación de dicha decisión judicial, convocara a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial de dicha entidad.*
>
> *Más adelante, en la sentencia T-716 de 2013, la Corte reiteró que en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 186 del Decreto 262 de 20002 los cargos de procuradores judiciales "se han convertido de cargos de libre nombramiento y remoción en cargos de carrera administrativa, y en consecuencia, los servidores que desempeñan esos cargos sin haberse realizado el correspondiente concurso de méritos se encuentran en situación de provisionalidad. Lo anterior implica que las personas en dichas circunstancias están cobijadas por la estabilidad laboral intermedia que significa ocupar dichos empleos en provisionalidad".*
>
> *Para la Sala Plena de la Corte Constitucional, resulta relevante el hecho de que los cargos que ocupaban los accionantes estaban asignados en provisionalidad. En este sentido, la Corte ha reiterado que la desvinculación de los funcionarios que ocupan cargos de carrera en provisionalidad debía estar motivada "en una justa causa que tenga como fundamento (i) la calificación de desempeño, (ii) la comisión de faltas disciplinarias o (iii) la provisión del cargo por concurso de méritos". En tal virtud, los accionantes teniendo conocimiento de la decisión adoptada por la Corte Constitucional mediante fallo C-101 del 28 de febrero de 2013, han debido prever su posible desvinculación. Más si se tiene en cuenta los altos salarios devengados por los servidores aquí demandantes y el tiempo por el cual estuvieron vinculados en sus cargos.*

---

2 "*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*".

En este sentido, para el retiro del servicio de empleados en provisionalidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, exige que el acto administrativo de retiro del servicio atienda razones constitucionalmente aceptables, a saber: (i) la calificación de desempeño, (ii) la comisión de faltas disciplinarias o (iii) la provisión del cargo por concurso de méritos.

Aplicado lo anterior al caso concreto, la Sala observa que el acto administrativo de retiro del servicio del señor Samir Elías Jalilie, que es el Decreto 3441 de 2016, está debidamente motivado en una de las razones mencionadas, esto es, que el cargo de Procurador Judicial I Penal en Popayán fue provisto por concurso de méritos, con el nombramiento en período de prueba de la señora María Camila Arellano. Consecuentemente, el retiro del servicio del actor, mantiene su presunción de legalidad.

Por estas razones, se negarán las pretensiones de la demanda.

4. Costas

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del procedimiento civil, contenidas actualmente en el artículo 365 del Código General del Proceso que dispone que se condenará en costas a la *"parte vencida en el proceso".*

En virtud de lo anterior, para la condena en costas se atienden los elementos objetivos, sin tener en consideración análisis de carácter subjetivo con ocasión de la actuación de las partes.

Así las cosas, las costas estarán a cargo de la parte vencida, que en este caso resulta ser la parte demandante. En aplicación del artículo 5 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016, las agencias en derecho ascenderán a la suma del tres por ciento (3%) del valor de lo pedido. Las costas se liquidarán por Secretaría.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal Contencioso Administrativo de Cauca administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

F A L L A

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte demandante, según lo expuesto. Liquídense por Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y ARCHÍVESE

Los Magistrados

CARLOS H. JARAMILLO DELGADO **NAUN MIRAWAL MUÑOZ MUÑOZ**

DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO