

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECRETARIA SECCION PRIMERA**

Avenida Calle 24 No. 53-28 Torre A Oficina 118

Bogotá, D.C., 4 de noviembre de 2020

Radicado : **2500023410002020-00375-00**
Demandante : JORGE LUIS CABRERA PERDOMO Y OTROS
Demandado : ÓRGANO COLEGIADO DE ADMINISTRACION
Y DESICION OCAD-PAZ.
Naturaleza : PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS E INTERESES
COLECTIVOS
Magistrado (a) : Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

EN LA FECHA SE CORRE TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES
PROPUESTAS EN EL ESCRITO DE CONTESTACION DE DEMANDA.

EN CONSECUENCIA, EL PROCESO SE FIJA EN LISTA POR EL TÉRMINO
DE UN DÍA Y SE CORRE TRASLADO POR EL TÉRMINO DE TRES DÍAS
DE CONFORMIDAD CON EL ART. 110 DEL CGP:

FIJACIÓN EN LISTA	5 DE NOVIEMBRE DE 2020
INICIO TRASLADO	6 DE NOVIEMBRE DE 2020
VENCIMIENTO TRASLADO	10 DE NOVIEMBRE DE 2020

SONIA MILENA TORRES DÍAZ
Secretaría Sección Primera

Bogotá, 22 de octubre de 2020

HONORABLES MAGISTRADOS

Sección Primera-Subsección "A"

Tribunal Administrativo de Cundinamarca

Magistrado Ponente: Dr. Luis Manuel Lasso Lozano

Correo Electrónico: rmemorialessec01tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. D. S.

Referencia: Contestación de demanda

Medio de Control: Nulidad Electoral.

Demandante: Lourdes María Díaz Monsalvo.

Demandados: Luis Fernando Guzmán Gutiérrez y Procuraduría General de la Nación.

Radicado: 25-000-23-41-000-2020-00544-00.

Respetados señores Magistrados:

LUIS FERNANDO GUZMÁN GUTIÉRREZ, identificado con C.C. 80.111.371 de Bogotá y con Tarjeta Profesional No. 194.897 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en causa propia en mi calidad de demandado, actual Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, con funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con los artículos 277 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA, doy **CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**, así:

I. EN CUANTO A LA PRETENSIÓN

Me opongo a la misma, como quiera que, no es cierto que por medio del artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020 se me hubiera nombrado en el cargo de en provisionalidad- Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

El referido Decreto 718 de 2020 prorrogó la mencionada provisionalidad, la cual fue otorgada mediante el Decreto 1688 del 8 de agosto de 2019; acto administrativo que no fue demandado en la debida oportunidad, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011.

Por su parte, **NO ES CIERTO** que el Decreto 718 de 2020 careciera de motivación. En primer lugar, el cargo en mención estuvo con lista de elegibles conformada por Resolución No. 212 del 24 de mayo de 2017, vigencia que expiró el 23 de mayo de 2019, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 216 del Decreto-Ley 262 de 2000 (Anexo No. 4 Selección y Carrera).

Así mismo, el mencionado acto se expidió con base en el cumplimiento de requisitos que previamente fueron avalados por la Procuraduría General de la Nación para la posesión en el cargo, así como las sucesivas prórrogas que fueron expedidas con base en el compromiso y responsabilidad en el adelantamiento de las funciones asignadas, que se han reconocido por la parte de la Entidad.

II. EN CUANTO A LOS HECHOS

PRIMERO. FRENTE AL HECHO NO. 1. NO ES CIERTO. La demandante incurre en una serie de imprecisiones, las cuales se aclaran de la siguiente manera:

1. **NO ES CIERTO** que el Procurador General de la Nación haya expedido el Decreto 718 de 31 de julio de 2020, violando las normas en que debería fundarse (reconocimiento al mérito):

1.1. El señor Procurador General de la Nación mediante Resolución No. 332 del 12 de agosto de 2015, "*Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer empleos de carrera de la Procuraduría General de la Nación*", convocó a concurso 739 cargos, los cuales se encuentran distribuidos en la planta global de personal de la Entidad y relacionados en los formatos de las convocatorias números 015 a 128 de 2015 (ANEXO 4 y ANEXO No. 6).

1.2. Mediante convocatoria 060-2015 se convocó a concurso cuatro (4) cargos 3PU-17 del nivel profesional, para la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, lista de elegibles conformada por Resolución No. 212 del 24 de mayo de 2017, vigencia que expiró el 23 de mayo de 2019, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 (ANEXO 4 y ANEXO No. 6).

1.3. En cuanto a mí nombramiento en provisionalidad en el cargo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, en la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, mediante Decreto 1688 del 08 de agosto de 2019, la misma se efectuó cuando ya estaba vencida la lista de elegibles en la convocatoria 060-2015, comoquiera que la resolución que la fijó expiró el 23 de mayo de 2019.

2. **NO ES CIERTO** que el Decreto 718 de 31 de julio de 2020 careciera de motivación, por las siguientes razones:

2.1. Mediante Decreto 1688 del 8 de agosto de 2019, fui nombrado en el cargo de provisionalidad- Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal (ANEXO No.1 Página 1).

2.2. El día 8 de agosto de 2019, acepté el cargo en provisionalidad, tal cual como consta en el acta de aceptación de nombramiento que se adjunta en el ANEXO No. 1 página 2.

2.3. El día 12 de agosto de 2019, el Jefe de División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, emitió la certificación de la experiencia acreditada para el cumplimiento de requisitos (ANEXO No. 1 páginas 3 y 4).

2.4. El día 12 de agosto de 2019, me posesione el cargo Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, mediante el Acta nro. 0603 de la mencionada fecha (ANEXO No. 1 página 6).

2.5. Mediante el Decreto 1713 del 12 de agosto de 2019, me fueron asignadas funciones en la Procuraduría Primera Delegada para Vigilancia Administrativa (ANEXO No. 1 página 7).

2.6. Mediante el artículo 175 del Decreto 136 del 30 de enero de 2020 fue prorrogada mi provisionalidad por seis (6) meses más (ANEXO No. 1 páginas 9, 10 y 11).

2.7. El día 17 de febrero de 2020 me fue notificada Decreto 136 del 30 de enero de 2020, en el que se comunicó lo siguiente (ANEXO No. 2):

“Apreciado(a) señor(a):

Me permito comunicarle que mediante Decreto No. 136 de fecha 30 de enero de 2020 el Señor Procurador General de la Nación ha prorrogado su nombramiento en provisionalidad, comisión y/o encargo por el término establecido en el referido acto administrativo, según el artículo 188 y parágrafo del Decreto - Ley 262 de 2000.

Sea la oportunidad de extenderle una invitación a mantener su compromiso y responsabilidad con la Entidad.

*Cordialmente,
GRUPO CAS.”*

2.8. Mediante Decreto 157 del 5 de febrero de 2020 me asignaron funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad (ANEXO No. 1 página 12).

2.9. Mediante el artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020, se prorrogó mi provisionalidad por seis (6) meses más, con funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad (ANEXO No. 1 páginas 14, 15 y 16)

2.10. El día 4 de agosto de 2020 me fue notificado el Decreto 718 de 31 de julio de 2020, en el que se comunicó lo siguiente (ANEXO No. 2):

“Apreciado(a) señor(a):

Me permito comunicarle que mediante Decreto No. 718 de fecha 31 de julio de 2020 el Señor Procurador General de la Nación ha prorrogado su nombramiento en provisionalidad, comisión y/o encargo por el término establecido en el referido acto administrativo, según el artículo 188 y parágrafo del Decreto - Ley 262 de 2000.

Sea la oportunidad de extenderle una invitación a mantener su compromiso y responsabilidad con la Entidad.

*Cordialmente,
GRUPO CAS.”*

SEGUNDO. FRENTE AL HECHO No. 2: NO ES CIERTO. La demandante incurre en una serie de imprecisiones, las cuales se aclaran de la siguiente manera:

1. **NO ES CIERTO** que mediante el artículo 175 del Decreto 136 del 30 de enero de 2020, se haya prorrogado mi nombramiento en provisionalidad por seis (6) meses más en el cargo de “Profesional Universitario, Código 3PU Grado 17, de la Procuraduría Delegada Para la Defensa de los Derechos Humanos, Con Funciones en la Procuraduría Primera Delegada Para la Contratación Estatal”, en razón a que la prorroga va dirigida a ejercer funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad (ANEXO No. 1 páginas 9, 10 y 11).

2. **NO ES CIERTO** que el Decreto 136 de 30 de enero de 2020 se haya expedido con violación de las normas en que debería fundarse (reconocimiento al mérito), ya que como se mencionó, el cargo estuvo en concurso pero la lista de elegibles expiró a los dos (2) años de conformidad con lo ordenado por el artículo 216 del Decreto-Ley 262 de 2000.

3. **NO ES CIERTO**, que el mencionado Decreto 136 del 30 de enero de 2020 careciera de motivación, ya que como se expuso, las prórrogas realizadas se hicieron con base en el compromiso y responsabilidad adelantado en la ejecución de mis funciones, como fue informado el día 17 de febrero de 2020 (ANEXO No. 2).

TERCERO. FRENTE AL HECHO NO. 3: NO ES CIERTO. La explicación se encuentra en los puntos PRIMERO y SEGUNDO del presente capítulo.

CUARTO. FRENTE AL HECHO NO. 4: NO ES UN HECHO, es una apreciación subjetiva de la demandante, la cual deberá ser probada en el transcurso del proceso.

III. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA FUNDAMENTOS DE HECHOS y DERECHO

1. FACULTADES DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN PARA NOMBRAMIENTOS DE PROVISIONALES EN CARGOS DE CARRERA EN VACANCIA DEFINITIVA:

Sea lo primero mencionar que, el sistema técnico de la carrera administrativa es aquel que busca administrar personal idóneo y calificado en el Estado, cuyo objetivo principal es ofrecer igualdad de oportunidades para acceder a la función pública.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 126 de la Constitución Política de Colombia: “*Salvo los concursos regulados por la ley, **la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley**, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.*”

Atendiendo al anterior precepto general, el día 12 de agosto de 2015, mediante la Resolución No. 332 de 2015 “*Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer empleos de carrera de la Procuraduría General de la Nación*”, el señor Procurador General de la Nación convocó a concurso setecientos treinta y nueve (739) cargos, dentro de los cuales se convocó a concurso cuatro (4) cargos 3PU-17 del nivel profesional, para la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, los cuales se encuentran distribuidos en la planta global de personal de la Entidad, mediante las convocatorias 015 a 128 de 2015.

Pasado el proceso concursal, la lista de elegibles conformada por Resolución No. 212 del 24 de mayo de 2017, frente al cargo en cuestión, expiró el 23 de mayo de 2019, sin que se hubiese posesionado alguna persona para ejercer el cargo de carrera administrativa, dando como resultado la vacancia definitiva del mismo.

Frente a lo anterior, se trae a colación lo certificado por el Jefe Oficina Selección y Carrera de la PGN, en oficio No. OSyC No. 204 del 15 de octubre de 2020 (ANEXO No. 4), en los siguientes términos:

*“(…) Sobre el particular, valga precisar que **el señor Procurador General de la Nación mediante Resolución No. 332 del 12 de agosto de 2015,** “Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer empleos de carrera de la Procuraduría General de la Nación”, **convocó a concurso 739 cargos, los cuales se encuentran distribuidos en la planta global de personal de la Entidad y relacionados en los formatos de las convocatorias números 015 a 128 de 2015.***

*Ahora bien, mediante convocatoria 060-2015 se convocó a concurso cuatro (4) cargos 3PU-17 del nivel profesional, para la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, **lista de elegibles conformada por Resolución No. 212 del 24 de mayo de 2017, vigencia que expiró el pasado 23 de mayo de 2019,** de conformidad con lo dispuesto por el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000(…).” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En relación con lo anterior, de acuerdo con el artículo 278, numeral 6° de la Constitución Política el Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: “*Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia*”.

Por consiguiente, en los casos en que la lista de elegibles expira, el Procurador General de la Nación en uso de sus prerrogativas legales, está facultado para proveer los cargos de manera provisional. Esto también, de conformidad con el artículo 279 de la Constitución Política¹, por medio del cual se ordena que sea la ley quien determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.

En este sentido, la Procuraduría General de la Nación tiene su propia estructura, organización y régimen de carrera dispuesto por el Decreto Ley 262 de 2000, con lo cual se desvirtúan los argumentos esgrimidos por la parte actora en la demanda fundados en los dispuesto por la Ley 909 de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el Empleo Público, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se dictan otras disposiciones.*”, que de paso vale la pena señalar, en relación con los nombramientos en provisionalidad, tema central del caso que nos ocupa, se surtió control de constitucionalidad por parte de la H. Corte Constitucional en Sentencia C-077 de 2004, que encontró:

“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”. (Subrayas y negrilla fuera de texto).

En esta medida, el numeral 2° del artículo 3° de la Ley 909 de 2004, dispone:

“2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

- Rama Judicial del Poder Público.
- **Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.**
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- Fiscalía General de la Nación.
- Entes Universitarios autónomos.
- Personal regido por la carrera diplomática y consular.
- *El que regula el personal docente.”* (Subrayas y negrilla fuera de texto).

De lo anterior se puede deducir que en relación con la Procuraduría General de la Nación, sólo en caso de vacío en el Decreto-Ley 262 de 2000 se aplicará las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004, por lo que hay que advertir que las disertaciones y citas que realiza la parte actora en el concepto de violación sobre la Ley 909 de 2004, no son aplicables al régimen especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, dado a que este se maneja por

1 ARTICULO 279. La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.

sus propias reglas, procedimientos y marco jurídico, por lo anterior, no tienen vocación de prosperidad el cargo indilgado al acto acusado sobre la infracción de las disposiciones de la Ley 909 de 2004, particularmente el artículo 24.

En suma, se tiene que, de conformidad con las normas constitucionales citadas, la PGN está en la capacidad de estructurarse bajo su propia normativa los procesos de provisión de los cargos de su planta de personal, razón por la cual, la norma aplicable al ente de control es el Decreto-Ley 262 de 2000 *“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”*.

Adelantado lo anterior, se hará una exposición de las clases de empleos y su forma de provisión al interior del sistema especial de carrera de la PGN.

En primer lugar, el artículo 182 del Decreto-Ley 262 de 2000, clasifica los empleos al interior de la Entidad de la siguiente manera:

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

1. *De carrera*
2. *De libre nombramiento y remoción*

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

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

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

3. *De período fijo: Procurador General de la Nación”*.

Ahora bien, el Decreto Ley 262 de 2000 expresamente regula las clases de nombramientos que existen al interior de la Procuraduría General de la Nación, entre los cuales se encuentra el de provisionalidad, a saber:

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

a) Ordinario: para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.

b) En período de prueba: para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.

c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.

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

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

La anterior disposición es concordante con lo expresado en los artículos 185, 186, 187 y 188 del precitado decreto, que disponen:

“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. (Negrillas fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ARTÍCULO 188. Duración del encargo y del nombramiento provisional. El encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, podrán hacerse hasta por seis (6) meses. El término respectivo podrá prorrogarse por un período igual.

Si vencida la prórroga no ha culminado el proceso de selección, el término de duración del encargo y de la provisionalidad podrá extenderse hasta que culmine el proceso de selección.

Cuando la vacancia sea el resultado de ascenso que implique período de prueba, el encargo o el nombramiento provisional podrán extenderse por el tiempo necesario para determinar la superación del mismo.

Parágrafo. Por razones del servicio el Procurador General de la Nación podrá desvincular a un servidor nombrado en provisionalidad o dar por terminado el encargo, aún antes del vencimiento del término establecido en el presente artículo”.

De conformidad con las normas citadas, en especial el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, el nominador, en este caso el Procurador General de la Nación, para proveer un empleo de carrera administrativa vacante de forma definitiva **PODRÁ** hacerlo mediante un nombramiento en provisionalidad o encargo, sin que sea una obligación acudir a la segunda de las alternativas, como erradamente lo entiende la demandante, pues no existe disposición normativa que así lo disponga.

De esa manera, al ser una facultad legal, se repite el Procurador General de la Nación se encontraba facultado para expedir el acto acusado y nombrar en provisionalidad al demandado.

En este punto, se trae a colación lo dispuesto por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión, en sentencia No. 001/2020 Radicado: 13-001-23-33-000-2019-00492-00, del 21 de febrero de 2020, en que consideró lo siguiente:

*“Para la sala, se **deben denegar las pretensiones de la demanda**, toda vez que no se encuentran demostradas las causales de nulidad que se invocan en la misma; lo anterior, **teniendo en cuenta que no es obligación del Procurador General de la Nación proveer los cargos vacantes de los empleados de carrera, como derecho de carrera preferencial, como quiera que dicha disposición solo aplica para las entidades regidas por las Ley 909 de 2004.**”*

*En este caso, **la Procuraduría General de la Nación**, de acuerdo con el artículo 279 de la Constitución Política de Colombia **cuenta con un régimen de carrera especial, que se encuentra contenido en el Decreto Ley 262 de 2000**, el cual consagra la posibilidad de que este tipo de empleados sean provistos ya sea en provisionalidad o en encargos; sin darle a este último algún tipo de prioridad especial.*

***En ese orden de ideas se tiene que, en efecto, el Procurador General de la Nación cuanta con facultades legales para proveer empleados de carrera con vacancia definitiva, ya sea por medio de nombramientos en provisionalidad o en encargo, hasta tanto se lleve a cabo el respectivo concurso de méritos; lo que constituye suficiente motivación para expedir el acto.**” (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Por lo tanto, al ser una facultad legal avalada constitucionalmente, el Procurador General de la Nación puede nombrar en provisionalidad a una persona para ocupar un empleo de carrera administrativa vacante (como sucedió en el asunto), sin que ello represente o configure la

infracción de las normas superiores que se aducen vulneradas o una expedición irregular del acto administrativo que materialice tal potestad.

3. VALIDEZ DEL DECRETO DE NOMBRAMIENTO EN EL CARGO DE PROVISIONALIDAD Y DE LOS DECRETOS DE PRORROGA:

En este acápite se quiere demostrar que el Decreto 1688 del 8 de agosto de 2019, por el cual fui nombrado en el cargo de provisionalidad- Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal y los Decretos subsiguientes (Decreto 1713 del 12 de agosto de 2019, Decreto 136 del 30 de enero de 2020 y Decreto No. 718 de fecha 31 de julio de 2020), fueron emitidos con plena validez y legalidad.

Sea lo primero mencionar, que la demandante incurrió en un yerro al manifestar, en su pretensión, que se declare la nulidad del artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020, dice ella, “*por medio del cual, el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad, por el término de seis meses, a LUIS FERNANDO GUZMÁN GUITÉRREZ*”, ya que ese no fue el decreto de nombramiento sino la segunda prórroga de la provisionalidad.

Pero, además de formular su pretensión alrededor de un acto administrativo equivocado, aseguró que el mismo carecía de motivación. No obstante, las incongruencias y equivocaciones, es importante traer a colación lo definido, en un caso similar, por el por el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión, en sentencia No. 001/2020 Radicado: 13-001-23-33-000-2019-00492-00, del 21 de febrero de 2020, en los siguientes términos:

“Para la sala, se deben denegar las pretensiones de la demanda, toda vez que no se encuentran demostradas las causales de nulidad que se invocan en la misma; lo anterior, teniendo en cuenta que no es obligación del Procurador General de la Nación proveer los cargos vacantes de los empleados de carrera, como derecho de carrera preferencial, como quiera que dicha disposición solo aplica para las entidades regidas por las Ley 909 de 2004.

En este caso, la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el artículo 279 de la Constitución Política de Colombia cuenta con un régimen de carrera especial, que se encuentra contenido en el Decreto Ley 262 de 2000, el cual consagra la posibilidad de que este tipo de empleados sean provistos ya sea en provisionalidad o en encargos; sin darle a este último algún tipo de prioridad especial.

En ese orden de ideas se tiene que, en efecto, el Procurador General de la Nación cuenta con facultades legales para proveer empleados de carrera con vacancia definitiva, ya sea por medio de nombramientos en provisionalidad o en encargo, hasta tanto se lleve a cabo el respectivo concurso de méritos; lo que constituye suficiente motivación para expedir el acto. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Además de la normatividad especial (Decreto-Ley 262 de 2000) que asigna la función o prerrogativa al Procurador General de la Nación, de realizar nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera administrativa en vacancia definitiva, lo que *per se* ya es una motivación clara del acto administrativo, debe decirse que estos nombramientos no se hacen sin antes verificar el cumplimiento de unos requisitos mínimos académicos y de experiencia para ello.

La PGN, cuenta con un MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y DE REQUISITOS POR COMPETENCIAS LABORALES (Link inserto en el ANEXO No. 4), por medio del cual se establecen los requisitos del empleo, entre estudios y experiencia, necesarias para ser nombrado en un determinado cargo.

Al respecto, en el documento CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS. PDF, se adjunta el Formato de Cumplimiento de Requisitos Mínimos, emitido por el Jefe de la División de Gestión Humana

de la Procuraduría General de la Nación, por medio del cual se certifica el cumplimiento de los requisitos mínimos para posesionarme en el cargo objeto del cuestionamiento.

Sobre el particular, vale la pena mencionar que de acuerdo con el artículo 185 del Decreto 262 de 2000, 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, como ocurrió en el caso en particular

En dicho entendido, Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera - Subsección "A", en sentencia del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), radicado 2500023410002019-00193-00, definió lo siguiente:

"(...) Así las cosas, el nominador tiene el poder de nominación, esto es de cubrir una vacante de en empleo público, en cuyo caso, conforme a su facultad discrecional, puede adoptar dos decisiones absolutamente válidas:

La primera opción: podrá encargar a un empleado de carrera

La condición:

- *El empleado seleccionado deberá estar inscrito en carrera administrativa.*
- *El empleado debe cumplir los requisitos para ejercer la función del empleo para el cual va a ser encargado.*

La segunda opción: el nombramiento provisional

*Nótese que la norma invocada como violada **consagra una potestad a favor del nominador, igualmente válida frente a la primera, lo que denota que el ejercicio de la facultad discrecional denota una facultad constitucionalmente válida, pues las dos opciones son acertadas.** Encargar un empleado de carrera o realizar el nombramiento provisional.*

De manera que la Sala no encuentra violados los artículos 82, 183, 185, 187 y 216 del Decreto Ley 262 de 2000 y artículo 25 de la Ley 909 de 2004, razón por cual el cargo será negado.

(...)

De conformidad con la normatividad y jurisprudencia de la Corte Constitucional citada, la Sala encuentra que estas son las que han establecido los derechos que les asisten a los funcionarios de carrera administrativa y en cuanto a la provisión de los empleos de carrera es preciso señalar que el encargo es una manera de provisión transitoria de los mismos y su finalidad es garantizar la eficiencia en la función administrativa. El encargo surge cuando existe una vacante que requiere ser provista por la entidad de manera temporal.

Si bien es cierto que el nominador- Procurador General de la Nación- es quien determina sobre que servidor debe recaer el encargo, una vez decide proveer transitoriamente el empleo de carrera, la aplicación de la figura comporta una decisión discrecional acorde a los supuestos normativos de la carrera administrativa, es decir, determinar de manera discrecional la facultad de optar por dos opciones válidas, el encargo o el nombramiento provisional." (Subraya u negrilla fuera de texto).

Así las cosas, además de la facultad discrecional del Procurador General de la Nación para realizar los nombramiento provisionales, también hay una verificación previa de requisitos mínimos para el cargo, lo que funda y motiva la expedición de los actos de nombramientos.

De igual manera, es importante establecer que en efecto en estos casos, los actos administrativos deben ser motivados, al respecto, el Consejo de Estado en sentencia del 5 de julio de 2018 dentro del radicado No. 110010325000201000064 00 (0685-2010), M.P. Gabriel Valbuena Hernández en el cual indicó:

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

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

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

Conforme la interpretación del Consejo de Estado, la motivación del acto no necesariamente debe estar únicamente en la parte motiva del mismo, sino que esa motivación puede estar justificada en la realidad fáctica y jurídica que 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, como ya se mencionó.

De esa manera, conforme a la posición que se ha adoptado, tanto en el Consejo de Estado como en Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de manera pacífica se presume que la expedición del acto, se realiza con el fin del mejoramiento y en razón del servicio. Así en el caso concreto, como se expuso, el Decreto 262 de 2000 señala que la existencia de un acto administrado que nombra a una persona en provisionalidad, es en razón del servicio, por lo que se insiste en que la motivación de ese acto es la propia manifestación unilateral de la voluntad de la administración por disposición del legislador.

Así, nótese que la apoderada de la parte actora en ningún momento ataca el ejercicio del cargo del demandado, motivo por el cual la motivación del acto fue y es acorde con la realidad fáctica y jurídica en razón del servicio, ya que, no se tiene reproche sobre el mismo, siendo además que tal como se advierte de la hoja de vida del demandado tiene una amplia trayectoria y estudios académicos que acreditan su probidad para desempeñarse en el empleo.

Por las anteriores consideraciones deberá negarse los cargos formulados y mantener la presunción legalidad del acto acusado en razón que como se señaló, la parte actora no demostró las causales de nulidad que alega, en la medida que el Procurador General de la Nación tiene la facultad legal de proveer los cargos vacantes de los empleos de carrera a través de las figuras de provisionalidad o encargo hasta que se surta el concurso de méritos, lo cual constituye la motivación para expedir el acto de nombramiento.

IV. SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN Y LAS NORMAS INVOCAS POR LA DEMANDANTE PRESUNTAMENTE VIOLADAS

En este acápite se hará un análisis de las normas invocadas por la demandante como presuntamente violadas:

A. Supuesta violación del artículo 125 de la Constitución Política y del artículo 185 de del Decreto Ley 262 de 2000:

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, establece que los empleos de los órganos y entidades del Estado son de carrera administrativa y deberán ser provistos mediante concurso público de méritos. Frente a esto, en el caso *sub examine*, no existe ninguna violación a la norma constitucional. La norma en cita es del siguiente tenor:

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

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

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

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

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

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

Como se identificó en acápites anteriores, el cargo en cuestión salió a convocatoria pública mediante Resolución No. 332 del 12 de agosto de 2015, “Por medio de la cual se da apertura y se reglamenta la convocatoria del proceso de selección para proveer empleos de carrera de la Procuraduría General de la Nación”, por medio de la cual se convocó a concurso 739 cargos, los cuales se encuentran distribuidos en la planta global de personal de la Entidad y relacionados en los formatos de las convocatorias números 015 a 128 de 2015 (ANEXO 4 y ANEXO No. 6).

Así mismo, mediante convocatoria 060-2015 se convocó a concurso cuatro (4) cargos 3PU-17 del nivel profesional, para la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, lista de elegibles conformada por Resolución No. 212 del 24 de mayo de 2017, vigencia que expiró el 23 de mayo de 2019, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 (ANEXO 4 y ANEXO No. 6).

De igual manera, en cuanto al nombramiento en provisionalidad, en el cargo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, en la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, mediante Decreto 1688 del 08 de agosto de 2019, la misma se efectuó cuando ya estaba vencida la lista de elegibles en la convocatoria 060-2015, comoquiera que la Resolución que la fijó expiró el 23 de mayo de 2019.

Así las cosas, en vista de lo descrito, además de **no existir** una violación a la Constitución Política ni tampoco al principio del mérito, no existe violación alguna al artículo 185 de del Decreto Ley 262 de 2000 ya que, como se mencionó, el nombramiento realizado por el señor Procurador General de la Nación, se realizó precisamente fundado en los preceptos otorgados por dicho artículo, lo cual fue analizado y concordado por el mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera - Subsección “A”, en sentencia del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), radicado 2500023410002019-00193-00, en el entendido de establecer que, en los casos en que los cargos de carrera administrativa tengan una vacante definitiva, de conformidad con la norma especial contenida por el Decreto Ley 262 de 2000, el nominador puede nombrar a su propia disposición funcionarios en provisionalidad, hasta tanto se vuelva a surtir un concurso de méritos.

B) Presunta ocurrencia en Causales de Nulidad como CARGO ÚNICO:

La demandante afirma la ocurrencia de las causales de nulidad, incluidas en los artículos 137 y 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA, por supuestamente, violar los artículo 125 constitucional, artículo 24 de la Ley 909 de 2004, artículos 216, 82, 183 y 185 del Decreto Ley No. 262 de 2000, en el entendido de existir una falta de motivación, una vulneración al mérito, y el desconocimiento del encargo previsto como mecanismo preferente – por sobre el nombramiento provisional – para la provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, y en esa medida se le impone al nominador que agote esa figura, antes que el nombramiento provisional.

Además de lo anterior, en el libelo se señalan unas presuntas omisiones, así:

Primera omisión: Omitió motivar la decisión, no explicó las razones para no preferir un nombramiento en período de prueba o un nombramiento en encargo, sino para acudir a un nombramiento provisional que recayó en alguien cuyo derecho a ocupar el cargo no provino del sistema de méritos, puesto que se trataba de una persona que (i) ni integra alguna de las listas de elegibles, (ii) ni es titular de derechos de carrera administrativa.

Segunda omisión: Omitió acudir a la figura del encargo que, según el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, constituye una posibilidad de provisión por el sistema del mérito en caso de vacancias definitivas.

Tercera omisión: Se repite de las dos primeras.

Teniendo en cuenta lo anterior, se analizará cada una de las presuntas omisiones:

1. Sobre la primera omisión: Asegura la demandante que, frente al del artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020 ocurrió una nulidad en los términos del artículo 137 del CPACA, por no haber una motivación violando los artículo 125 constitucional, artículo 24 de la Ley 909 de 2004, artículos 216, 82, 183 y 185 del Decreto Ley No. 262 de 2000

Como ya se ha repetido, la motivación del acto administrativo, se funda en los preceptos y facultades que le otorga el Decreto Ley 262 de 2000 al Procurador General de la Nación para proveer los cargos de carrera administrativa que estén en vacancia definitiva, así como en el análisis y evaluación de los requisitos mínimos para el cargo.

2. Sobre la segunda omisión: Por su parte, frente presunto desconocimiento del encargo como mecanismo preferente – por sobre el nombramiento provisional – *para la provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, y en esa medida se le impone al nominador que agote esa figura, antes que el nombramiento provisional*, esta es una figura propia de la Ley 909 de 2004 que no es aplicable al régimen especial del PGN.

Vale la pena destacar que, el numeral 2º del artículo 3º de la Ley 909 de 2004, dispone:

“2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, *igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:*

- Rama Judicial del Poder Público.
- **Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo.**
- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.
- Fiscalía General de la Nación.
- Entes Universitarios autónomos.
- Personal regido por la carrera diplomática y consular.
- El que regula el personal docente.” (Subrayas y negrilla fuera de texto).

De lo anterior se puede deducir que en relación de la Procuraduría General de la Nación sólo en el caso de vacío en el Decreto-Ley 262 de 2000 se aplicará las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004, por lo que hay que advertir que las disertaciones y citaciones que realiza la parte actora en el concepto de violación sobre la Ley 909 de 2004, no son aplicables al régimen especial de carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación, dado a que este se maneja por sus propias reglas, procedimientos y marco jurídico.

En suma, se tiene que, de conformidad con las normas constitucionales citadas, que la PGN está en la capacidad de estructurarse bajo su propia normativa, razón por la cual norma propia aplicable al ente de control es el Decreto-Ley 262 de 2000 “*Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas Para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos*”.

En dicho entendido, la forma de proveer cargos de carrera en vacancia definitiva, como en el presente caso, es la regulada en el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, de la siguiente manera:

*“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.** (...)”* (Subrayas y negrilla fuera de texto).

De la norma se extracta que, cuando existan cargos en vacancia definitiva de carrera administrativa, el nominador (Procurador General de la Nación) tiene la facultad de nombrar en encargo a empleados de carrera o nombrar en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño.

Dicha facultad discrecional, no viola los principio del mérito y de la carrera administrativa, máxime cuando en este caso en particular, el cargo salió a concurso público de méritos pero la lista de legibles caducó o venció.

V. CONCLUSIONES:

1. La demandante adelantó una demanda de Nulidad electoral, sin la debida oportunidad de hacerlo, en los términos del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, como quiera que, la demanda se adelanta en contra del artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020, por el cual se concede una prórroga, **pero que no es el acto administrativo de nombramiento**. Siendo este el Decreto 1688 del 8 de agosto de 2019.

2. El cargo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, en la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, salió a concurso público de méritos mediante Resolución No. 332 del 12 de agosto de 2015 y convocatoria 060-2015, no obstante la lista de elegibles conformada por Resolución No. 212 del 24 de mayo de 2017, expiró su vigencia el 23 de mayo de 2019, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 (ANEXO 4 y ANEXO No. 6). Por lo que se cumplió a cabalidad por lo dispuesto en la Constitución Política de Colombia y el principio de Mérito.

3. Las disposiciones contenidas en la Ley 909 de 2004 no son aplicables Procuraduría General de la Nación, como quiera que, esta Entidad tiene su propio régimen especial de carrera administrativa contenido en el Decreto-Ley 262 de 2000, en cuyo artículo 185 le otorga la facultad discrecional al Procurador General de la Nación, cuando existan cargos en vacancia definitiva de

carrera administrativa, el nominador tiene la facultad de nombrar en encargo a empleados de carrera o nombrar en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos para su desempeño. En el caso en particular, el cargo salió a concurso público de méritos pero la lista de legibles caducó o venció, generando una vacancia definitiva.

4. De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en especial la sentencia del 5 de julio de 2018 dentro del radicado No. 110010325000201000064 00 (0685-2010), M.P. Gabriel Valbuena Hernández, los motivos pueden expresarse en una realidad fáctica y jurídica que le brinde sustento a la decisión administrativa, lo que en este caso, 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, que además está condicionado al cumplimiento de los requisitos mínimos, académicos y de experiencia, que se requieren en el respectivo cargo.

Lo que además, es aplicado por ejemplo, por El Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión, en sentencia No. 001/2020 Radicado: 13-001-23-33-000-2019-00492-00, del 21 de febrero de 2020 y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera - Subsección "A", en sentencia del diecisiete (17) de junio de dos mil veinte (2020), radicado 2500023410002019-00193-00.

VI. EXCEPCIONES PREVIAS

1. Inepta demanda por la indebida escogencia del medio de control:

Debe resaltarse el hecho de que la demandante optó por un mecanismo errado de medio de control, por encontrar caducada cualquier tipo de acción frente a sus presentaciones.

Desde esta perspectiva, se tiene que el medio de control de nulidad electoral tiene como fin tramitar y decidir a través de un proceso especial, cuyo objeto es determinar la legalidad y conformidad con la Constitución de, los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, por lo mismo, el ordenamiento jurídico establece que dicho trámite se debe realizar en la mayor brevedad posible, así, el Consejo de Estado en fallo de tutela del 24 de mayo de 2018. Radicado: 2017-02732. CP: ROCÍO ARAÚJO OÑATE, precisó lo siguiente:

*“(...) El medio de control **nulidad electoral** se debe tramitar y decidir a través de un proceso especial cuyo objeto es determinar la legalidad y conformidad de la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, por lo mismo, el ordenamiento jurídico establece que dicho trámite se debe realizar en la mayor brevedad.”*

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro, Bogotá D.C., Treinta (30) de Agosto de dos mil dieciocho (2018) y Rad. No.: 25000-23-41-000-2018-00165-01, manifestó lo siguiente:

“ (...) El artículo 139 del CPACA establece que el medio de control de nulidad electoral procede contra actos electorales, los cuales según lo ha entendido esta Sección son aquellos emanados del ejercicio de la función electoral, la cual es distinta de la función administrativa, y por ello, estos deben entenderse como autónomos, especiales y distintos del acto administrativo, comoquiera que el acto electoral tiene su origen en la materialización de la democracia participativa y el derecho a elegir y ser elegido que consagra la Carta Política.” (Subraya y negrilla fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, no todos los actos de nombramiento obedecen al ejercicio de la función electoral, comoquiera que muchos de ellos se encuadran, en el ámbito del derecho laboral,

como es el caso de los que se producen en el marco de los concursos públicos de mérito. Respecto a esos casos, el medio de control a interponer es el de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho y no del de nulidad electoral ya que no se suscribe a actos de elección por voto popular y/o de cuerpos electorales.

Véase que el fundamento de la demanda por la actora conforme se estudió en precedencia es fundamentalmente el principio al mérito, por considerar que el encargo es obligatorio para los funcionarios de carrera en virtud de ese principio, así teniendo en cuenta los cargos y lo sustentando en la demanda, es claro que la naturaleza de la controversia es netamente laboral, por lo que el medio de control a interponer son los señalados y no el de nulidad electoral.

2. Indebida Identificación del Acto Demandado:

La pretensión de la demanda se centra en solicitar que se “***DECLARE LA NULIDAD del artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020, por medio del cual, el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad, por el término de seis meses, a LUIS FERNANDO GUZMÁN GUITÉRREZ, quien se identifica con cédula de ciudadanía no. 80.111.371 en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CÓDIGO 3PU GRADO 17, DE LA PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, CON FUNCIONES EN LA PROCURADURÍA PRIMERA DELEGADA PARA LA CONTRATACIÓN ESTATAL”.***

En primer lugar, se está demandando un acto que no corresponde al de nombramiento, ya que se incurre en el error de asegurar que el artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020 haya sido el que me hubiera nombrado en el cargo de en provisionalidad- Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.

El referido Decreto 718 de 2020 prorrogó la mencionada provisionalidad, la cual fue otorgada mediante el Decreto 1688 del 8 de agosto de 2019.

En segundo lugar, otro yerro de la demandante es afirmar que el artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020, se dirige al cargo Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal, cuando en la realidad, las funciones son ejercidas en la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.

Por las razones anteriores, existe una indebida identificación del acto administrativo demandado, por lo que debe declararse probado este medio exceptivo.

3. Caducidad del medio de control de Nulidad electoral:

La demandante invoca para la interposición de la demanda, el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, que a su tenor literal ordena:

*“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:
(...)*

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

*a) **Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días.** Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.”*

Para el caso en particular, el acto administrativo demandado es el artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020, no obstante, dicho artículo ordenó lo siguiente:

*“ARTÍCULO CIENTO CINCUENTA Y CUATRO.- **Prorrogar el nombramiento en provisionalidad**, hasta por seis (6) meses, LUIS FERNANDO GUZMÁN GUTIÉRIZ, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 80.111.371, en el cargo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en la Procuraduría Delegada para la Defensa del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad.”*

Se observa que la norma citada, otorga la oportunidad de interponer la demanda por nulidad electoral 30 días después de que se expida el acto administrativo electoral, es decir por medio del cual se nombra al funcionario en el cargo de carera administrativa en provisionalidad. Empero, en este caso, el acto administrativo de nombramiento no fue el artículo 154 del Decreto 718 de 31 de julio de 2020, sino el ARTICULO ÚNICO del Decreto 1688 del 8 de agosto de 2019, que ordenó lo siguiente:

*“ARTÍCULO ÚNICO.- **NÓMBRESE**, en provisionalidad hasta por seis (6) meses, a LUIS FERNANDO GUZMÁN GUTIÉRIZ, quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 80.111.371, en el cargo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones con funciones en la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, la demanda debió haberse interpuesto en contra del Decreto 1688 del 8 de agosto de 2019, que fue el acto de nombramiento electoral, dentro de los treinta (30) días siguientes a su expedición, lo cual no fue adelantado por ningún tercero, razón por la cual de conformidad con lo ordenado por el literal a) del numeral 2° del artículo 164 del CPACA, la demanda por nulidad electoral en presente caso caducó.

4. Innominada o Genérica.

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

VII. PETICIÓN.

De manera respetuosa, y con fundamento en las consideraciones expuestas, solicito al Honorable Despacho, **NEGAR** la pretensión formulada en el líbello de la demanda por la señora Lourdes María Díaz Monsalvo.

VIII. PRUEBAS.

Solicito respetuosamente se tengan como pruebas las aportadas en el presente escrito, y además, ordene las que se consideren necesarias para dar la certeza al proceso convocado:

1. Documentales:

1.1. ANEXO No. 1, conformado por:

- 1.1.1. Decreto 1688 del 2019 (Pág. 1.).
- 1.1.2. Aceptación de Nombramiento (Pág. 2.).
- 1.1.3. Certificado de cumplimiento de requisitos mínimos del cargo (Págs. 3-4.).
- 1.1.4. Comunicación de Nombramiento (Pág. 5.).
- 1.1.5. Acta de Posesión (Pág. 6.).
- 1.1.6. Decreto 1713 de 2019 (Pág. 7.).
- 1.1.7. Decreto 136 del 2020 (Págs. 9-11.).

- 1.1.8. Decreto 157 del 2020 (Pág. 12.).
- 1.1.9. Decreto 718 del 2020 (Págs. 14-16.).

1.2. ANEXO No. 2: Documento por el cual se comunica la prorroga otorgada por el Decreto No. 136 de fecha 30 de enero de 2020.

1.3. ANEXO No. 3: Documento por el cual se comunica la prorroga otorgada por el Decreto No. 718 de fecha 31 de julio de 2020.

1.4. ANEXO No. 4: Certificación emitida por el Jefe de la Oficina de Selección Carrera de la Procuraduría General de la Nación, sobre el cargo de Profesional Universitario, Código 3PU, Grado 17, de la Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, con funciones en el Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal.

1.5. ANEXO No. 5: Formato del cargo.

1.6. ANEXO No. 6: Resolución No. 332 de 2015.

1.7. FORMATO DE CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS.

2. Se tengan como antecedentes jurisprudenciales en casos similares, los siguientes:

2.1. Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión, en sentencia No. 001/2020 Radicado: 13-001-23-33-000-2019-00492-00, del 21 de febrero de 2020.

2.2. Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Primera - Subsección "A" Bogotá D.C., Diecisiete (17) De Junio De Dos Mil Veinte (2020) Proceso No.: 2500023410002019-00193-00 Medio De Control: Nulidad Electoral, Magistrado Ponente: Felipe Alirio Solarte Maya.

2.3. Tribunal Administrativo De Cundinamarca Sección Primera - Subsección "A" Bogotá D.C., Treinta (30) De Julio De Dos Mil Veinte (2020) Expediente N°: 250002341000-2019-00195-00 Medio De Control: Nulidad Electoral Demandante: Sindicato De Procuradores Judiciales Demandada: Procuraduría General De La Nación Asunto: Sentencia De Única Instancia Magistrado Ponente: Felipe Alirio Solarte Maya.

IX. ANEXOS

Anexo lo enunciado en el acápite de pruebas.

X. NOTIFICACIONES.

Para los efectos pertinentes las recibiré en la carrera 6 No. 57 - 91, apartamento 208 Edificio Torres de Adar II, en la ciudad de Bogotá D.C., y/o a los correos electrónicos: lfguzman@procuraduria.gov.co y luisf.83@hotmail.com.

De los Honorables Magistrados,



LUIS FERNANDO GUZMÁN GUTIÉRREZ
C.C. 80.111.371 de Bogotá
T.P. 194.897 del Consejo Superior de la Judicatura