

**REPUBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECRETARIA SECCION PRIMERA**

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

Bogotá, D.C., 8 de diciembre de 2020

Radicado : **2500023410002020-00732-00**  
Demandante : SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES  
PROCURAR  
Demandado : PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y  
OTRO  
Naturaleza : NULIDAD ELECTORAL  
Magistrado (a) : Dr. FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA

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:

<b>FIJACIÓN EN LISTA</b>	<b>9 DE DICIEMBRE DE 2020</b>
<b>INICIO TRASLADO</b>	<b>10 DE DICIEMBRE DE 2020</b>
<b>VENCIMIENTO TRASLADO</b>	<b>14 DE DICIEMBRE DE 2020</b>

**SONIA MILENA TORRES DÍAZ**  
Secretaría Sección Primera

Bogotá D.C. noviembre 26 de 2020

Señores  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCION PRIMERA - SUBSECCION A  
ATTE:  
DOCTOR  
FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA  
MAGISTRADO PONENTE  
BOGOTA D.C.

**REF:** EXPEDIENTE – RADICACION: **2500023410002020-00732-00**  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL  
DEMANDANTE: SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES – PROCURAR.  
DEMANDADOS: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION  
HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ.

**ASUNTO: CONTESTACIÓN DE DEMANDA.**

**JOSE REY ANGARITA PARADA**, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando conforme a poder conferido por la doctora HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ y en la oportunidad legal, doy contestación a la demanda de referencia, en los siguientes términos:

#### **A LAS PRETENSIONES**

Manifiesto que **ME OPONGO A LAS PRETENSIONES** formuladas por la parte actora, por cuanto será demostrado en el proceso que la actuación de la Procuraduría General de la Nación estuvo totalmente ajustada al ordenamiento jurídico, en especial a los artículos 82 y 185 del Decreto Ley 262 de 2000 que superó examen de constitucionalidad y que en el demandante obra un interés subjetivo, cierto, directo y actual en las resultados del proceso como lo confiesa en los numerales 8, 9 y 11 de los Fundamentos de la Pretensión (Contexto fáctico y jurídico de la controversia) y lo corroboran los estatutos del Sindicato de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación - PROCURAR, en sus artículos 2, 4, numerales 1,2,3,14 y 16, y artículo 5, particularmente este último que a la letra señala: **“ARTICULO 5º. ADMISION. Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere ostentar el cargo de Procurador Judicial I o II, vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea originado en superación del concurso público de méritos”**

El demandante persigue crear las condiciones para que sus afiliados, particularmente los Procuradores Judiciales I vinculados a la Procuraduría General de la Nación, se beneficien de las resultados del proceso accediendo por vía de encargo al desempeño de las funciones que hoy cumple la doctora HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ, como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería con funciones en la ciudad de Bogotá.

Estas circunstancias niegan el trámite de la demanda por la vía del contencioso electoral como se expone en el escrito de propuesta de excepciones previas que se allega con esta contestación a la demanda con fundamento en lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 por remisión del artículo 275 ibidem que dispone:

**“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....”** y que, **“Excepcionalmente**

***podrán pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”***

## AL CONTEXTO FACTICO Y JURIDICO DE LA CONTROVERSIA

En el orden planteado:

1. Me atengo a lo que se pruebe y a aquello de la prueba que aplique a la solución de la controversia.
2. Me atengo a lo que se pruebe y a aquello de la prueba que aplique a la solución de la controversia.
3. Me atengo a lo que se pruebe y a aquello de la prueba que aplique a la solución de la controversia.
4. Me atengo a lo que se pruebe y a aquello de la prueba que aplique a la solución de la controversia.
5. Me atengo a lo que se pruebe y a aquello de la prueba que aplique a la solución de la controversia.
6. Me atengo a lo que se pruebe y a aquello de la prueba que aplique a la solución de la controversia.
7. Es cierto.
8. Es cierto. El artículo 5º. de los estatutos señala con toda precisión: ***“ARTICULO 5º. ADMISION. Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere ostentar el cargo de Procurador Judicial I o II, vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea originado en superación del concurso público de méritos”***

Esta circunstancia determina la improcedencia de la vía contenciosa electoral elegida por el demandante en razón que sus afiliados que detentan la condición de Procuradores Judiciales I guardan un interés subjetivo, cierto y actual en las resultas del proceso lo que impone, al tenor del artículo 137 del C.P.A.C.A., por remisión del artículo 275 Ibidem, que el medio de control procedente es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 establece: ***“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....”*** y que, ***“Excepcionalmente podrán pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”***

9. Me atengo a lo que se pruebe y a aquello de la prueba que aplique a la solución de la controversia, en particular la afirmación respecto a la reiteración a las solicitudes de encargo en beneficio directo de sus afiliados, en el caso concreto, Procuradores Judiciales I, que guardan un interés subjetivo, cierto y actual, en las resultas del presente proceso y que confirman lo expuesto al punto 8 previo respecto de la improcedencia de la vía contenciosa electoral elegida por el demandante en razón que sus afiliados que detentan la condición de Procuradores Judiciales I guardan un interés subjetivo, directo y actual en las resultas del proceso lo que impone, al tenor del artículo 137 del C.E.P.A.C.A., por remisión del artículo 275 ibidem, que el medio de control procedente es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 establece: ***“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....”*** y que, ***“Excepcionalmente podrán pedirse la nulidad de actos administrativos***

**de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”**

10. Parcialmente cierto. Es cierto que la doctora HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ no hace parte de ninguna lista de elegibles, debiéndose recordar que como bien lo afirma el demandante al punto 6 previo, “...la lista de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II para Asuntos Penales estuvo vigente, en principio, por 2 años, esto es hasta el 11 de julio de 2018..”

Por otra parte, entre tanto el artículo 3 de la Ley 909 de 2004 señala como: “**Campo de aplicación...** 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: - Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo...” (subraya fuera de texto.) la Procuraduría General de la Nación se rige por 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 Decreto Ley 262 de 2000 contempla como una forma de provisión de vacantes en la carrera administrativa el nombramiento provisional, artículos 82 y 185 que disponen:

**“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.”*

**“ARTICULO 185. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES.** En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General **PODRÁ nombrar en encargo a empleados de carrera, O en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.**

*Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación PODRÁ nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.*

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

El artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 superó análisis de constitucionalidad y fue declarado exequible en la parte subrayada según Sentencia de la Corte Constitucional C-077/04, 3 de febrero, Magistrado Ponente Dr. Juan Araujo Rentería. Posteriormente, por Sentencia de la Corte Constitucional C-785/05, 28 de julio, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, ordenó estarse a la sentencia C-077/04.

El nombramiento provisional implica que quien recibe esta tipo de designación ingresa, de una manera particular, a la carrera administrativa y adquiere titularidad de derechos hasta el punto

de que su remoción debe observar procedimientos en guarda del debido proceso y de la estabilidad laboral. La doctora Horfa Victoria Poveda Chocontá, viene ostentando vinculación previa a la Procuraduría General de la Nación.

11. Me atengo a lo que se pruebe y a aquello de la prueba que aplique a la solución de la controversia. Lo que aquí afirma el demandante, en consonancia con el artículo 5º. de los Estatutos de PROCURAR, confirma la tesis de improcedencia de la vía contenciosa electoral elegida por el Sindicato demandante pues al tenor del artículo 137 del C.P.A.C.A., por remisión del artículo 275 ibidem, el medio de control procedente es el de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 establece:

*“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....”* y que, **“Excepcionalmente podrán pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”**

12. Me atengo a las probanzas.

## **FRENTE A LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE VIOLACIÓN:**

### **CARGOS DE NULIDAD**

Por la demanda se invoca el cargo de nulidad por “infracción de las normas en que debía fundarse” con apoyo en los “...artículos 137 y 275 del C.P.A.C.A.”

Como concepto de violación expone que con la expedición del Decreto 727 del 06/08/2020 se desconoció el mandato del artículo 125 superior al omitir la figura del encargo y además, no se motivó la decisión.

### **ARGUMENTOS DE LA DEFENSA**

Señala el extremo activo, que la Constitución Política establece el principio de mérito como criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de los empleos de carrera, exponiendo un aparte del artículo 125 superior y acudiendo inapropiadamente a una aplicación indistinta de la ley No.909 de 2004 y 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”** cuando por el artículo 3 de la Ley 909 de 2004 (setiembre 23) se dispone: **“Campo de aplicación.... 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: - Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo...”** (subraya fuera de texto.)

Los artículos 82 y 185 del Decreto Ley 262 de 2000 disponen:

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

- d) *Ordinario: para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.*
- e) *En período de prueba: para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.*
- f) *Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.*

*l 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.*

**“ARTÍCULO 185. procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales.** En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño. Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto.

Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación podrá nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.

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

Este artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 superó análisis de constitucionalidad y fue declarado exequible en la parte subrayada según Sentencia de la Corte Constitucional C-077/04, 3 de febrero, Magistrado Ponente Dr. Juan Araujo Rentería. Posteriormente, por Sentencia de la Corte Constitucional C-785/05, 28 de julio, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto ordenó estarse a la sentencia C-077/04.

La doctora Horfa Victoria Poveda Chocontá, viene vinculada de tiempo atrás a Procuraduría General de la Nación como se comprueba con la hoja de vida que se anexa. El nombramiento provisional implica que quien recibe esta tipo de designación ingresa, de una manera particular, a la carrera administrativa y adquiere titularidad de derechos hasta el punto de que su remoción debe observar procedimientos en guarda del debido proceso y de la estabilidad laboral.

### **El problema jurídico.**

El problema jurídico se centra en determinar si la vía planteada, la acción electoral, es la procedente, así como la expedición del acto administrativo demandado en relación con las competencias que rigen a la Procuraduría General de la Nación en materia de Carrera Administrativa y en general, su legalidad.

### **DE LA PROCEDENCIA DEL CONTENCIOSO ELECTORAL.**

Por el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 se dispone que son nulos los actos de elección o de nombramiento en los eventos previstos en sus numerales 1 al 8 y en el artículo 137 ibidem.

Otorgando el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 la posibilidad de demandar la nulidad de un nombramiento por medio de la acción electoral es igualmente cierto que la demanda que se impetire bajo la égida de este artículo debe estar ausente de todo interés particular y/o la persecución de un derecho subjetivo.

No obrando causal de la demanda de referencia en ninguno de los numerales del artículo 275 precitado, queda la remisión al artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 que dispone como regla general que *“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....”* y que, **“Excepcionalmente podrán pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”**

La exigencia legal del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 previamente transcrita no se satisface en la demanda por cuanto como aparece probado, respecto a las resultas del proceso obran expectativas laborales concretas, subjetivas, particulares, ciertas no sólo de parte de la organización sindical demandante sino de sus afiliados; afirmación que se corrobora de manera contundente, primero, por la aseveraciones de la demanda, numerales 8, 9 y 11 de los fundamentos de la pretensión, (Contexto fáctico y jurídico de la controversia), págs.3 y 4,

segundo, por los estatutos del Sindicato de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación - PROCURAR, en sus artículos 2, 4, numerales 1,2,3,14 y 16, y artículo 5º., particularmente este último que a la letra señala:

**“ARTICULO 5º. ADMISION. Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere ostentar el cargo de Procurador Judicial I o II, vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea originado en superación del concurso público de méritos”**

Como la exigencia de ausencia de todo interés particular y/o la persecución de un derecho subjetivo como “...el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.” (numeral 1, artículo 137 ley 1437 de 2011) no se satisface en la demanda, procede es el medio de control regulado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., Nulidad y Restablecimiento del Derecho. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, Bogotá, diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016) Radicación No.68001-23-33-000-2016-00131-01).

### **ANÁLISIS DEL RÉGIMEN QUE REGULA LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y LOS SISTEMAS ESPECIALES DE CARRERA.**

Según lo dispuesto en el artículo 125 Constitucional, el régimen general de ingreso, permanencia y ascenso a los empleos públicos debe regirse por las normas que regulan la Carrera Administrativa, con excepción de los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

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

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

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

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

- g) *Ordinario: para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.*
- h) *En período de prueba: para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.*
- i) *Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.*

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

*Parágrafo. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la*

*Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos”. (Subraya fuera del texto original)*

Igualmente, el mencionado Decreto contempló el encargo como una de las formas para efectuar movimientos de personal, por parte del nominador, al interior de la entidad, tal y como lo disponen los artículos 185 y 187 del Decreto Ley 262 de 2000, que a la letra exponen:

**ARTICULO 185. PROCEDENCIA DEL ENCARGO Y DE LOS NOMBRAMIENTOS PROVISIONALES.** *En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General **PODRÁ** nombrar en encargo a empleados de carrera, **O** en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.*

*Se hará nombramiento en encargo cuando un empleado inscrito en carrera cumpla los requisitos exigidos para el empleo y haya obtenido calificación de servicios sobresaliente en el último año y una calificación mínima del 70% sobre el total del puntaje en los cursos de reinducción a que se refiere el numeral segundo del artículo 253 de este decreto. Sin embargo, por razones del servicio, el Procurador General de la Nación PODRÁ nombrar a cualquier persona en provisionalidad siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer.*

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

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

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

**PARAGRAFO.** Lo dispuesto en el inciso segundo del presente artículo, regirá a partir del 1o. de enero del año 2001 y lo dispuesto en el inciso quinto regirá a partir de agosto del año 2000. (Negrillas y subrayado fuera de texto).”

**“ARTÍCULO 187. Provisión de los empleos por vacancia temporal.** Los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos **PODRÁN** ser provistos por encargo **O** en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.” (Negrillas y mayúsculas propias).

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

La palabra “PODRÁ” y “O” se lee en el primer inciso del artículo 185 ibidem cuando se indica que el Procurador General de la Nación: “**PODRÁ** nombrar en encargo a empleados de carrera, **O** en provisionalidad”, y se repite la primera expresión en el segundo inciso cuando se indica: “el Procurador General de la Nación **PODRÁ** nombrar a cualquier persona en provisionalidad”. Por su parte, en el artículo 187 se consiga: “**PODRÁN** ser provistos por encargo **O** en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones.”

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

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

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

Respecto a la anotada facultad que le asiste al Procurador General de la Nación para hacer nombramientos en provisionalidad con el fin de proveer empleos de carrera vacantes definitiva o temporalmente, la Corte Constitucional en sentencia C- 077 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería, sostuvo:

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

*Las mencionadas normas prevén, en lo acusado, que en la Procuraduría General de la Nación se puede realizar nombramiento provisional para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso y, también, para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo (Art. 82); que en caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño; efectuado el nombramiento en encargo o en provisionalidad, la convocatoria a concurso deberá hacerse dentro de los tres (3) meses siguientes a este nombramiento (Art. 185); que el nombramiento tendrá carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito, aunque en el respectivo acto administrativo no se determine la clase de nombramiento de que se trata (Art. 186); los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones (Art. 187), y que el encargo y la provisionalidad, cuando se trate de vacancia definitiva en cargos de carrera, tendrán un término que podrá prorrogarse (Art. 188).*

*5. Como se indicó, la regla general en los empleos en los órganos y entidades del Estado es que son de carrera, por mandato del Art. 125 superior, con las excepciones contempladas en la misma disposición, la cual faculta al legislador para que fije la forma de provisión de aquellos y los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.*

*Por su parte, el Art. 279 de la Constitución, en relación específicamente con la gestión de personal de la Procuraduría General de la Nación, consagra que la ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de dicha entidad, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados del organismo (...).*

**Por otra parte, la función pública requiere continuidad y, además, debe cumplir los principios de celeridad y eficacia, entre otros, consagrados en el Art. 209 de la Constitución, los cuales son condiciones para alcanzar los fines esenciales del Estado consagrados en el Art. 2º ibídem.**

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

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

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

### **Del principio de congruencia.**

El principio de congruencia ha sido interpretado como *“una verdadera garantía del derecho fundamental al debido proceso a las partes en el proceso judicial, en el sentido que al juez de la causa solo le resulta permitido emitir pronunciamiento con base en lo pretendido, lo probado y lo excepcionado dentro del mismo, sin que sea dable dictar sentencias por fuera (extra) o por más (ultra) de lo pedido (petita), y en caso de omitir pronunciarse sobre solicitado como pretensión tiene el deber de explicar de forma clara las razones de tal omisión”*(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B” Consejo Ponente Dr. César Palomino Cortés, radicación número: 25000-23-42-000-2014-01139 ( 2458-15).

### **“PRINCIPIO DE MORALIDAD DEL DERECHO PROCESAL-Objeto**

*“La buena fe, la lealtad, la veracidad y la probidad son principios éticos que han sido incorporados en los sistemas jurídicos y que componen el llamado “principio de moralidad” del derecho procesal, que constituye uno de los triunfos de la concepción publicista de esta rama del Derecho sobre las teorías meramente privatistas o utilitaristas. Lo que se pretende hacer al incorporar estos preceptos morales al Derecho positivo es darle carácter vinculante a la forma de actuar de las partes, por considerar que ésta es jurídicamente relevante dentro del proceso judicial. Por lo tanto, y debido a que media el interés público en las actuaciones procesales, las limitaciones que impone el principio de moralidad a la actividad de las partes encuentran pleno asidero dentro de nuestro ordenamiento. El artículo 83 de nuestra Constitución presume la buena fe en las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas. Esta presunción, aplicada al proceso judicial, implica que unos y otras actúen de conformidad y cumplan con los principios procesales de moralidad: lealtad, buena fe, veracidad, probidad y seriedad.”* (Corte Constitucional Sentencia T-1014/99)

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

### **DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL ACTO ACUSADO.**

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

La Constitución Política prevé en los artículos 277 y 278 las funciones del Procurador como supremo director del órgano de control, y en ninguna de ellas se establece una regla tan detallada como la relacionada con el deber de motivar los actos de nombramiento, tanto ordinarios como en provisionalidad, que realice. Solamente en el numeral 6º del artículo 278 se

indica como función del Procurador la de nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

En este sentido, se tiene que en el Decreto Ley 262 de 2000, tampoco se prevé una regla en la cual se determine que el nominador deba motivar los nombramientos en provisionalidad, y menos explicar las razones o motivos que conllevaron al nominador a realizar un nombramiento en provisionalidad y no en encargo, tal como lo sugiere la parte actora.

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

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

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

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

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

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

Es pertinente mencionar que, conforme a la posición que ha adoptado de manera pacífica el Consejo de Estado, se presume que la expedición del acto es para el mejoramiento y en razón al servicio.

El caso concreto, aún bajo la aclaración de que al Procurador General de la Nación no se le exige la carga de motivar los actos administrativos de nombramiento de los empleos vacantes en provisionalidad o encargo, cómo se expuso, el Decreto 262 de 2000, señala que la existencia de un acto administrativo que nombra a una persona en provisionalidad es la propia manifestación unilateral de la voluntad de la administración por disposición del legislador ya que se entiende es para el mejoramiento del servicio.

Nótese que la parte actora en ningún momento ataca la prestación del servicio de la doctora Horfa Victoria Poveda Chocontá, sino que se centra en la forma de provisión del empleo, no en las calidades y el perfil profesional, cuando la motivación del acto fue y es acorde con la realidad fáctica y jurídica en razón del servicio, pues no se tiene reproche sobre el desempeño laboral de la doctora Poveda Chocontá.

## **DEL INTERES SUBJETIVO, CIERTO, DIRECTO Y ACTUAL DEL DEMANDANTE EN LAS RESULTAS DEL PROCESO.**

El Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR se encuentra constituido en condición de afiliados por los Procuradores Judiciales *I o II, vinculados mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea*

**originado en superación del concurso público de méritos”** y su objeto, ínsito a su naturaleza, es la defensa de los intereses de sus afiliados quienes individual y colectivamente guardan expectativas subjetivas ciertas y actuales, directas, respecto de las resultas del proceso, por cuanto un resultado favorable permitiría que pudiesen acceder vía encargo al desempeño de las funciones que a la fecha cumple la doctora Horfa Victoria Poveda Chocontá como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería, con funciones en la ciudad de Bogotá.

Esto se corrobora por la demanda misma, numerales 8, 9 y 11 de los Fundamentos de la Pretensión (Contexto fáctico y jurídico de la controversia), como por los estatutos del Sindicato de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación - PROCURAR, en sus artículos 2, 4, numerales 1,2,3,14 y 16, y artículo 5, particularmente este último que a la letra señala: **“ARTICULO 5º. ADMISION. Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere ostentar el cargo de Procurador Judicial I o II, vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea originado en superación del concurso público de méritos”**

Las probanzas sobre la existencia de un interés subjetivo, particular y actual en las resultas del proceso condenan al tenor de lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 ya citado, por remisión del artículo 275 ibidem, la procedencia de la vía contenciosa electoral para dirimir la presente controversia.

#### **DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL COMO REGLA DEL DERECHO VINCULANTE:**

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

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

Respecto al principio de buena fe y confianza legítima, se entiende que un usuario de la administración de justicia que acude ante los jueces en ejercicio del derecho de acción, espera que el caso sea resuelto bajo parámetros legales y jurisprudenciales trazados con anterioridad bajo supuestos iguales al suyo; el artículo 230 de la Constitución Política porque señala que la Ley es fuente principal del derecho y como los jueces son quienes interpretan las normas (Corte Constitucional C-557 de 2001) las subreglas que se desprenden de ese análisis son Ley en sentido material, esto bajo un concepto amplio de legalidad que obliga a los operadores jurídicos a resolver un asunto que tiene identidad jurídica, fáctica y causal bajo un mismo sentido.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T- 775 de 2014 expuso:

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

En ese orden de ideas, en palabras de López Medina, la doctrina del precedente vinculante implica que la decisión adoptada con anterioridad dentro de un cierto patrón fáctico tiene fuerza gravitacional prima facie sobre un nuevo caso análogo por sus hechos o circunstancias, en respeto al derecho a la igualdad y en aplicación de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica que le permitan al usuario de la administración de justicia tener la convicción

que su caso será resuelto de determinada manera.

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

*“Un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación” (Corte Constitucional T- 158/2006) Ver también las sentencias (Corte Constitucional T- 1317 de 2001, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006 y T-162 de 2009).”*

Esa condición vinculante del precedente como fuente principal de derecho, hoy se encuentra plenamente plasmada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al establecer en los artículos 10, 102, 256, 269 y 270 mecanismos, recursos y formas de aplicación del precedente que permiten que tanto en sede administrativa como judicial se utilice esos pronunciamientos dictados por el órgano de cierre de esa Jurisdicción y sea este mismo quien se encargue de ejercer una inspección y vigilancia sobre su aplicación.

Igualmente, el Código General del Proceso dispuso en su artículo 7º que los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la Ley y que deben tener en cuenta la jurisprudencia para la resolución de las controversias.

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

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

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

### **“3.8. EL APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL**

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

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

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

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

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

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

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

La Corte ha reconocido que es preciso hacer efectivo el derecho a la igualdad, sin perder de vista que el juez goza de autonomía e independencia en su actividad, al punto que si bien está obligado a respetar el precedente fijado por él mismo y por sus superiores funcionales, también es responsable de adaptarse a las nuevas exigencias que la realidad le impone y asumir los desafíos propios de la evolución del derecho. En consecuencia, un juez puede apartarse válidamente del precedente horizontal o vertical si (i) en su providencia hace una referencia expresa al precedente conforme al cual sus superiores funcionales o su propio despacho han resuelto casos análogos, pues “sólo puede admitirse una revisión de un precedente si se es consciente de su existencia” (requisito de transparencia); y (ii) expone razones suficientes y válidas a la luz del ordenamiento jurídico y los supuestos fácticos del caso nuevo que justifiquen el cambio jurisprudencial, lo que significa que no se trata simplemente de ofrecer argumentos en otro sentido, sino que resulta necesario demostrar que el precedente anterior no resulta válido, correcto o suficiente para resolver el caso nuevo (requisito de suficiencia). Satisfechos estos requisitos por parte del juez, en criterio de la Corte, se entiende protegido el derecho a la igualdad de trato ante las autoridades y garantizada la autonomía e independencia de los operadores judiciales.”

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

“Ahora bien, teniendo en cuenta que los jueces gozan de autonomía e independencia en

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

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

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

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

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

- Corte Constitucional, Sentencia C – 101 del 28 de 2013, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Asunto a considerar: los empleos de Procurador Judicial I y II pasaron a ser de libre nombramiento y remoción, a cargos en provisionalidad.
- Corte Constitucional, Sentencia C – 077 de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Asunto a considerar: analiza la facultad que le asiste al Procurador General de la Nación para hacer nombramientos en provisionalidad con el fin de proveer empleos de carrera vacantes definitiva o temporalmente.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicación 25000-23-41-000-2019-00289-01, Consejera Ponente Dra. Rocío Araujo Oñate. Asunto a considerar: i) la carga probatoria de la parte demandante para demostrar la existencia de funcionarios inscritos en carrera administrativa para ocupar el cargo demandado. ii) la necesidad de que obre en el plenario, prueba suficiente que permita demostrar que existían funcionarios en carrera administrativa que, cumpliendo con los requisitos para ocupar el cargo demandado, pudieran ser nombrados durante el término de la situación administrativa del cargo aspirado. iii) se aplique el principio de congruencia, entendido este como la armonía entre lo pedido y lo alegado por la parte demandante, además, de la coherencia entre lo dispuesto en la parte resolutive y lo expuesto en la parte motiva de la providencia. Por ello, la jurisprudencia indica que el principio de congruencia procesal tiene como finalidad que la providencia se encuentre en concordancia y armonía entre lo probado y lo pedido por las partes garantizando un debido proceso.

- Sentencias dictadas dentro de los procesos con radicaciones Nos. 2019-283, 2019-195, 2019-193 y 2019-648 de la subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca con ponencia del H. magistrado ponente del asunto.

## **VULNERACIÓN AL DERECHO DE IGUALDAD; ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA; CONCURSO DE MÉRITOS**

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

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

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

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

La Corte Constitucional (Sentencia C-266-02) en relación con los concursos de méritos señaló:

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

Más adelante, afirma:

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

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

### **Conclusiones:**

1. En ninguna circunstancia los artículos 82,185,187 y 188 del Decreto Ley 262 de 2000 **reconocen algún derecho laboral preferencial a ser encargado.** Así las cosas el nominador tiene el poder de nominación, esto es, de cubrir una vacante de empleo público, en cuyo caso, conforme a su facultad legal discrecional, puede adoptar dos decisiones validas: la primera se circunscribe a encargar a un empleado de carrera (el empleado seleccionado deberá estar inscrito en carrera administrativa y cumplir los

requisitos para ejercer la función del empleo para el cual va a ser encargado) y la segunda, es el nombramiento provisional, es decir, el Decreto Ley 262 de 2000 consagra una facultad en favor del nominador, igualmente válida frente a la primera, que denota el ejercicio de una facultad consagrada constitucional y legalmente.

2. El artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000 superó análisis de constitucionalidad y fue declarado exequible en la parte subrayada según Sentencia de la Corte Constitucional C-077/04, 3 de febrero, Magistrado Ponente Dr. Juan Araujo Rentería. Posteriormente, por Sentencia de la Corte Constitucional C-785/05, 28 de julio, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, ordenó estarse a la sentencia C-077/04.
3. El Procurador General de la Nación ejerció correctamente su facultad legal discrecional en el acto acusado a optar válidamente para cubrir la vacante a través de un nombramiento en provisionalidad,
4. El acto administrativo acusado encuentra su motivación en la propia expedición del mismo, lo cual se presume que se efectúa para el mejoramiento del servicio, presunción que está respaldada por la experiencia del vinculado, su vinculación previa y actual a la Procuraduría General de la Nación y el cumplimiento de los requisitos generales para ocupar ese cargo, ello aunado al hecho que el reproche del demandante se centra en la forma de provisión del empleo y no en las condiciones particulares y concretas frente al cumplimiento de requisitos o la prestación del servicio de la doctora Horfa Victoria Poveda Chocontá.
5. Existen precedentes en materia constitucional y por parte del H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Primera – Subsección A, que respaldan la facultad que le asiste al señor Procurador General de la Nación respecto a la utilización del nombramiento en provisionalidad para proveer puestos vacantes según los términos de los artículos 185 y 187 del Decreto Ley 262 de 2000.
6. Al presentarse vacancias temporales o definitivas, le asiste la potestad al señor Procurador General de la Nación, con fundamento en razones del servicio de nombrar en encargo o provisional.
7. La demandante no oculta que como organización sindical gremial y en particular sus afiliados que fungen como Procuradores Judiciales I en la Procuraduría General de la Nación, guardan un interés subjetivo, cierto y actual en las resultas del proceso, circunstancia esta que determina que la vía contenciosa procedente es la del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho.

## **SOLICITUD DE DECLARATORIA DE NULIDADES.**

(artículos 207 y 209 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el Capítulo II, artículo 132 y ss C.G.P.)

Se solicita se declare:

### **LA NULIDAD DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA.**

#### **Fundamentos de la solicitud de nulidad del auto admisorio de la demanda.**

La Corte Constitucional en sentencia T – 125 de 2010 señaló:

**“NULIDAD PROCESAL-Naturaleza taxativa** *La naturaleza taxativa de las nulidades procesales se manifiesta en dos dimensiones: En primer lugar, de la naturaleza taxativa de las nulidades se desprende que su interpretación debe ser restrictiva. En segundo lugar, el juez sólo puede declarar la nulidad de una actuación por las causales expresamente señaladas en la normativa vigente y cuando la nulidad sea manifiesta dentro del proceso. Es por ello que en reiteradas oportunidades tanto esta Corte, como el Consejo de Estado han revocado autos que declaran nulidades con fundamento en causales no previstas expresamente por el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil o el artículo 29 de la Constitución.”* (Subraya fuera de texto.)

El artículo 29 superior dispone: “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”

El artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, al que remite el artículo 275 ibidem, dispone como regla general que “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....” y que, **“Excepcionalmente podrán pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”**

En el presente caso la circunstancia de la composición del Sindicato de Procuradores Judiciales - PROCURAR, integrado por Procuradores Judiciales I y II vinculados mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación y uno de cuyos objetos es de acuerdo a sus Estatutos, numeral 2, artículo 4, “Representar y asesorar a los empleados públicos en defensa de sus derechos” amén de lo confesado en la demanda, numerales 8, 9 y 11 de los Fundamentos de la Pretensión (Contexto fáctico y jurídico de la controversia) y es corroborado por los mismos estatutos del Sindicato demandante en sus artículos 2, 4 numerales 1,2,3,14 y 16, y artículo 5, particularmente este último que a la letra señala: “**ARTICULO 5º. ADMISION. Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere ostentar el cargo de Procurador Judicial I o II, vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea originado en superación del concurso público de méritos**” sustentan con suficiencia la presente solicitud de declaratoria de nulidad del auto admisorio de la demanda al dársele al proceso en el mismo, un trámite distinto al que realmente le corresponde cual es el medio de control de Nulidad y - restablecimiento del Derecho pues se encuentra probado que por parte del sindicato demandante y de sus afiliados, en particular los Procuradores Judiciales I vinculados a la Procuraduría General de la Nación guardan un interés subjetivo, cierto y actual en las resultados del proceso, pues un fallo favorable les permitiría optar para desempeñar por encargo las funciones que a la fecha cumple la doctora Horfa Victoria Poveda Chocontá.

En igual sentido, se fundamenta la presente solicitud de nulidad del auto admisorio de la demanda con fundamento en la tesis de obrar la señora apoderada del demandante sin poder suficiente.

Dispone el artículo 74 de la Ley 1564 de 2012:

*“... En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.”*

Se observa que el demandante otorga poder para adelantar “*Demanda de nulidad electoral .....contra la prórroga de nombramiento de provisionalidad de la doctora **HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ** como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería, con funciones en la ciudad de Bogotá, por violación del principio del mérito y el régimen de carrera administrativa.*”, mientras en la demanda la señora apoderada manifiesta que se pretende “*Se declare la nulidad del decreto 727 del 6 de agosto de 2020, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad a HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería, con funciones en la ciudad de Bogotá, código 3PJ, grado EC.*”

Entre el poder otorgado y la demanda existe una insuficiencia, toda vez que tratándose de un poder especial, amplio y suficiente, el artículo 74 del C.G.P aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, exige que en el mismo se determinen claramente los asuntos de modo que no puedan confundirse con otros. En este caso y entre tanto el poderdante faculta a su apoderada para perseguir la nulidad de una prórroga de nombramiento en provisionalidad, en el libelo de la demanda se solicita la nulidad de un nombramiento en provisionalidad. Nombramiento en provisionalidad y prórroga de un nombramiento en provisionalidad son actos administrativos diferentes por los cuales se dispone sobre materias y tiempos distintos.

Adicionalmente, en el poder no se identifica de manera clara y precisa el decreto 727 del 6 de agosto de 2020 que se menciona en la pretensión de la demanda y se anexa como prueba.

## **PRUEBAS:**

Obran al expediente:

1. Poder otorgado
2. Escrito de demanda.

Por las anteriores razones, se solicita sea del recibo del despacho la solicitud de declaratoria de nulidad del auto admisorio de la demanda por las causales propuestas.

## **EXCEPCIONES.**

### **EXCEPCIONES PREVIAS.**

Se informa que en escrito aparte que se integra a esta contestación a la demanda de la referencia se plantea la solicitud de declaratoria de configuración y existencia de las Excepciones previas de habersele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde y obrar la señora apoderada del demandante sin poder suficiente.

## **DE FONDO - MIXTAS**

### **1. INEXISTENCIA DEL DERECHO PRETENDIDO**

Teniendo en cuenta el análisis realizado se desprende que no hubo actuación irregular alguna en la expedición del Decreto 727 de 06/08/2020 pues el señor Procurador General de la Nación cuenta, de manera discrecional, con la facultad de optar por dos opciones válidas, encargo o nombramiento provisional, para proveer transitoriamente un empleo de carrera que se encuentre vacante y en esta caso particular hizo uso de una de ellas, lo que determina que en su accionar el señor Procurador lo hizo con apego a la ley.

### **2. INTERES SUBJETIVO CIERTO, ACTUAL Y DIRECTO DEL DEMANDANTE EN LAS RESULTAS DEL PROCESO.**

En el demandante obra un interés subjetivo, cierto, directo y actual en las resultas del proceso como lo confiesa en la demanda, los numerales 8, 9 y 11 de los Fundamentos de la Pretensión (Contexto fáctico y jurídico de la controversia) y lo corroboran los estatutos del Sindicato de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación - PROCURAR, en sus artículos 2, 4, numerales 1,2,3,14 y 16, y artículo 5, particularmente este último que a la letra señala: ***“ARTICULO 5º. ADMISION. Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere ostentar el cargo de Procurador Judicial I o II, vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea originado en superación del concurso público de méritos”***

El demandante persigue crear las condiciones para que sus afiliados, particularmente los Procuradores Judiciales I que vinculados a la Procuraduría General de la Nación se beneficien de las resultas del proceso accediendo por vía de encargo al desempeño de las funciones que hoy cumple la doctora HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ, como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería con funciones en la ciudad de Bogotá.

Estas circunstancias niegan el trámite de la demanda por la vía del contencioso electoral con fundamento en lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 por remisión del artículo 275 ibidem que dispone:

*“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....”* y que, ***“Excepcionalmente podrán pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”***

### 3. HABERSELE DADO A LA DEMANDA EL TRAMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE.

Obra en el demandante un interés subjetivo, cierto, directo y actual en las resultas del proceso como lo confiesa en la demanda, numerales 8, 9 y 11 de los Fundamentos de la Pretensión (Contexto fáctico y jurídico de la controversia) y lo corroboran los estatutos del Sindicato de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación - PROCURAR, en sus artículos 2, 4, numerales 1,2,3,14 y 16, y artículo 5, particularmente este último que a la letra señala: **“ARTICULO 5º. ADMISION. Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere ostentar el cargo de Procurador Judicial I o II, vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea originado en superación del concurso público de méritos”** con lo que se prueba que el demandante persigue crear las condiciones para que sus afiliados, particularmente los Procuradores Judiciales I vinculados a la Procuraduría General de la Nación se beneficien de las resultas del proceso accediendo por vía de encargo al desempeño de las funciones que hoy cumple la doctora HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ, como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería con funciones en la ciudad de Bogotá. Ese interés subjetivo niega el trámite de la demanda por la vía contencioso electoral con ocasión de lo dispuesto por el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 por remisión del artículo 275 ibidem que dispone:

*“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....”* y que, **“Excepcionalmente podrán pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”**

En tales circunstancias la vía contenciosa pertinente para que el demandante persiga ser oído en sus pretensiones es la del medio de control Nulidad Restablecimiento del Derecho.

### 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.

### PETICIÓN.

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

### PRUEBAS:

Se allegan y se solicitan se tengan como pruebas:

1. Hoja de vida de Horfa Victoria Poveda Chocontá
2. Estatutos del Sindicato de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación - PROCURAR.
3. Se allega copia de las sentencias en procesos de nulidad electoral: (i) Tribunal Administrativo de Bolívar, sentencia N° 001/2020Sala de decisión N° 002, del 21 de febrero de 2020, procesos radicado 13-001-23-33-ooo-2019-00492-00; (ii) Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A, proceso radicado 250002341000-2019-00195-00, sentencia del 30 de julio de 2020; (iii) Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A, proceso radicado 250002341000-2019-00648-00, sentencia del 18 de junio de 2020; (iv) Tribunal Administrativo de Norte de Santander, radicado N° 54-001-23-33-000-2019-00296-00, sentencia del 20 de agosto de 2020.

## **RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA.**

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

## **ANEXOS**

- Poder y sus anexos, cedula de ciudadanía y tarjeta profesional.
- Pruebas relacionadas

## **NOTIFICACIONES.**

El suscrito recibirá notificaciones personales en la Secretaría de su despacho y en la avenida 3 No. 11-40 de la ciudad de Cúcuta, E-mail [joserey.angarita@hotmail.com](mailto:joserey.angarita@hotmail.com) teléfono 3142765217.

Las del demandante y demandados obran al proceso.

Cordialmente,



**JOSE REY ANGARITA PARADA**

C.C. 13.250.406

T.P. 73979 del C.S.J.

Anexos: Lo anunciado.

Bogotá D.C. noviembre 26 de 2020

Señores  
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCION PRIMERA - SUBSECCION A  
ATTE:  
DOCTOR  
FELIPE ALRIO SOLARTE MAYA  
MAGISTRADO PONENTE  
BOGOTA D.C.

**REF:** EXPEDIENTE – RADICACION: **2500023410002020-00732-00**  
MEDIO DE CONTROL: NULIDAD ELECTORAL  
DEMANDANTE: SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES  
PROCURAR  
DEMANDADOS: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACION  
HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ.

**ASUNTO: ESCRITO DE EXCEPCIONES PREVIAS**

**JOSE REY ANGARITA PARADA**, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando conforme al poder conferido por la señora HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ y estando dentro de la oportunidad legal de traslado y contestación de la demanda, por el presente escrito se solicita se declare la configuración y existencia de las siguientes excepciones previas:

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, a 19 DE MAYO DE 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00131-01 en guarda del principio de integración normativa respecto del trámite de excepciones previas en el contencioso electoral dispuso:

*“..., aunque la literalidad del artículo 283 del CPACA no establece la resolución de las excepciones previas en la audiencia inicial del proceso electoral para la Sala, como pasará a explicarse, el juez electoral en aplicación del principio de integración normativa puede y debe pronunciarse en la audiencia inicial sobre las excepciones previas propuestas por las partes. En primer lugar, porque las disposiciones contenidas en los artículos 275 a 295 del CPACA no son completas o suficientes para atender todas las vicisitudes que pueden presentarse en el curso de la actuación electoral (...). En segundo lugar, toda vez que, que el artículo*

283 del CPACA no determina bajo qué reglas debe llevarse a cabo la audiencia inicial en sus distintas fases, motivo suficiente para considerar que lo allí dispuesto no es una regulación plena de la materia, y que por consiguiente, los vacíos de dicha norma se pueden suplir aludiendo al artículo 180 ejusdem, pues aquel es el que regula la audiencia inicial en el proceso ordinario. En otras palabras, es válido que para llenar los vacíos del artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 se acuda a las reglas consignadas en el artículo 180 de la misma codificación, pues allí se establecen aspectos importantes como la oportunidad, los intervinientes, el aplazamiento, las consecuencias de no asistir, el saneamiento y la decisión de las excepciones previas, entre otros. En tercer lugar, debido a que es evidente que el artículo 180 del CPACA no es incompatible con la naturaleza del proceso electoral, ni mucho menos va en contravía de su trámite eficaz, razón por la cual nada obsta para que el juez electoral en la audiencia inicial, entre otros, resuelva las excepciones previas formuladas. Lo anterior adopta más fuerza si se tiene en cuenta que, como se explicó, la única finalidad de las excepciones previas es velar por el saneamiento del proceso, propósito que es plenamente compatible con la actuación judicial de carácter electoral. En suma, es claro que de conformidad con el numeral 6 del artículo 180 del CPACA, aplicable al proceso electoral por la remisión hecha por el artículo 296 de la misma codificación, el juez en el marco de la audiencia inicial puede resolver las excepciones previas propuestas, así como las de cosa juzgada, caducidad y falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva...” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, Bogotá, diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016) Radicación No.68001-23-33-000-2016-00131-01.-Concuerda Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 76001233300020160023301, junio 8/17.)

## **1. EXCEPCION PREVIA DE ACTUAR LA SEÑORA APODERADA DE LA PARTE DEMANDANTE SIN PODER SUFICIENTE.**

### **Fundamento:**

Dispone el artículo 74 de la Ley 1564 de 2012:

*“... En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.”*

Se observa que el demandante otorga poder para adelantar “*Demanda de nulidad electoral .....contra la prórroga de nombramiento de provisionalidad de la doctora **HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ** como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería, con funciones en la ciudad de Bogotá, por violación del principio del mérito y el régimen de carrera administrativa.”, mientras en la demanda la señora apoderada manifiesta que se pretende “**Se declare la nulidad del decreto 727 del 6 de agosto de 2020, por***

***medio del cual el señor Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad a HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería, con funciones en la ciudad de Bogotá, código 3PJ, grado EC.”***

Entre el poder otorgado y la demanda existe una insuficiencia, toda vez que tratándose de un poder especial, amplio y suficiente, el artículo 74 del C.G.P aplicable por remisión expresa del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso administrativo, exige que en el mismo se determinen claramente los asuntos de modo que no puedan confundirse con otros. En este caso y entre tanto el poderdante faculta a su apoderada para perseguir la nulidad de una prórroga de nombramiento en provisionalidad, en el libelo de la demanda se solicita la nulidad de un nombramiento en provisionalidad.

Nombramiento en provisionalidad y prórroga de un nombramiento en provisionalidad son actos administrativos diferentes por los cuales se dispone sobre materias y tiempos distintos.

Adicionalmente, en el poder no se identifica de manera clara y precisa el decreto 727 del 6 de agosto de 2020 que se menciona en la pretensión de la demanda y se anexa como prueba.

En conclusión, la señora apoderada al presentar la demanda con una pretensión diferente a la enunciada en el poder otorgado actúa sin poder suficiente, tipificándose la excepción previa que aquí se plantea.

## **PRUEBAS:**

Obran al expediente:

1. Poder otorgado
2. Escrito de demanda.

## **2. EXCEPCION PREVIA DE HABERSELE DADO A LA DEMANDA EL TRAMITE DE UN PROCESO DIFERENTE AL QUE CORRESPONDE.**

### **Fundamento.**

El Demandante confiesa el interés subjetivo en las resultados del proceso a través de las siguientes afirmaciones que se realizan en el escrito de demanda:

Numeral 8 de los fundamentos de la pretensión, (Contexto fáctico y jurídico de la controversia) pág.3:

***” Constitución de PROCURAR. EL 5 DE MAYO DE 2017 SE CONSTITUYÓ el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR; sindicato gremial que tiene por objeto la defensa del mérito como factor determinante del ingreso, permanencia y ascenso en el cargo de Procurador Judicial (prueba aportada #9)”***

Numeral 9 de los fundamentos de la pretensión, (Contexto fáctico y jurídico de la controversia) pág.3:

***“Reiteradas peticiones de nombramiento por el sistema de mérito. El Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, ha solicitado al Procurador General de la Nación en reiteradas oportunidades que los empleos vacantes temporales o definitivos sean provistos con estricta sujeción al principio constitucional del mérito, proponiendo al efecto la figura del encargo. (prueba aportada#10).***

Numeral 11 de los fundamentos de la pretensión, (Contexto fáctico y jurídico de la controversia) pág.4:

***“Personas con mejor derecho a ser nombradas. Varias son las personas que, por ser titulares de derechos de carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación, tienen mejor derecho a ser encargadas en el cargo vacante de Procurador 135 Judicial II Asuntos Penales de Montería, mientras se provee ese cargo como resultado de un futuro concurso de méritos, en los términos dispuestos por el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000.”*** (subraya fuera de texto.)

En el demandante obra un interés subjetivo, cierto, directo y actual en las resultas del proceso como lo confiesa en los numerales 8, 9 y 11 de los Fundamentos de la Pretensión (Contexto fáctico y jurídico de la controversia) aquí transcritos y lo corrobora los estatutos del Sindicato de Procuradores Judiciales de la Procuraduría General de la Nación - PROCURAR, en sus artículos 2, 4, numerales 1,2,3,14 y 16, y artículo 5º. , particularmente este último que a la letra señala:

***“ARTICULO 5º. ADMISION. Para ser admitido como miembro del Sindicato se requiere ostentar el cargo de Procurador Judicial I o II, vinculado mediante relación legal y reglamentaria con la Procuraduría General de la Nación, cuyo nombramiento sea originado en superación del concurso público de méritos”***

El demandante persigue crear las condiciones para que sus afiliados, particularmente los Procuradores Judiciales I vinculados a la Procuraduría General de la Nación, se beneficien de las resultas del proceso accediendo por vía de encargo al desempeño de las funciones que hoy cumple la doctora HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ, como Procuradora 135 Judicial II para Asuntos Penales de la ciudad de Montería con funciones en la ciudad de Bogotá.

Por el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 se dispone que son nulos los actos de elección o de nombramiento en los eventos previstos en sus numerales 1 al 8 y en el artículo 137 ibidem.

No obrando causal de la demanda de referencia en ninguno de los numerales del artículo 275 precitado, queda la remisión al artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 que dispone como regla general que *“Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.....”* y que, ***“Excepcionalmente podrán pedirse la nulidad de actos administrativos de contenido particular en los siguientes casos: 1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”***

Es evidente, de cara a los argumentos y pretensiones presentados en la demanda y a las expectativas laborales que han sido confesadas en ella, que no puede predicarse de dichas pretensiones la defensa de la legalidad en abstracto sino la persecución de un derecho subjetivo por la agremiación sindical en beneficio de sus afiliados. Propósito que no se critica pues al agremiarse los funcionarios adscritos a la Procuraduría General de la Nación en procura de defender sus aspiraciones a mejoramientos laborales lo hacen en ejercicio de un derecho constitucionalmente auspiciado, *“Los sindicatos tienen como objetivo principal representar los intereses comunes de los trabajadores frente al empleador,”* (Sentencia 797 de 2000 Corte Constitucional), el cuestionamiento se dirige es a la vía contenciosa elegida

Otorgando el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 la posibilidad de demandar la nulidad de un nombramiento por medio de la acción electoral, es igualmente cierto que la demanda que se impetire bajo la égida de este artículo debe estar ausente de todo interés particular y/o la persecución de un derecho subjetivo como *“...el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”*. Esta condición es impuesta por el numeral 1 del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 para que proceda excepcionalmente la demanda de nulidad de un acto administrativo de contenido particular: “1. Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”

Como la exigencia de ausencia de todo interés particular y/o la persecución de un derecho subjetivo como *“...el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.”* (numeral 1, artículo 137 ley 1437 de 2011) no se satisface en la demanda, procede es el medio de control regulado en el artículo 138 del CPACA, Nulidad y Restablecimiento del Derecho, **pues obra un interés subjetivo del demandante en las resultas del proceso como agremiación de funcionarios de carrera de la Procuraduría General de la Nación con expectativas de ser encargados en el cargo hoy desempeñado por la señora HORFA VICTORIA POVEDA CHOCONTÁ** y no la simple defensa del orden jurídico en abstracto. (Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES

*BARREIRO, Bogotá, diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)*  
*Radicación No.68001-23-33-000-2016-00131-01)*

**PRUEBAS**

1. Escrito de demanda, numerales 8, 9 y 11, págs. 3 y 4.
2. Estatutos de PROCURAR.

Agradeciendo se provea en consecuencia y sean de recibo las excepciones previas propuestas,

Atentamente,



JOSE REY ANGARITA PARADA  
C.C. 13.250.406  
T.P. 73979 C.S.J.