

H. Magistrados

SECCIÓN PRIMERA

Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca

radesec01tadmcun@cendoj.ramajudicial.gov.co

Referencia: Demanda de nulidad electoral promovida por el SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES, PROCURAR, contra la prórroga del nombramiento provisional del doctor **ELIAS HOYOS SALAZAR** Procurador 26 Judicial II Penal de Bogotá, por violación del principio del mérito y el régimen de carrera administrativa.

Con solicitud de suspensión provisional.

Respetados Magistrados:

CINDY KARINA MARQUINES QUIÑONES, abogada en ejercicio, identificada con la cedula de ciudadanía N° 1.019.085.315 y Tarjeta Profesional N° 303.762 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando conforme al poder otorgado por el SINDICATO DE PROCURADORES JUDICIALES, PROCURAR a través de su Presidente, DR. PEDRO ALIRIO QUINTERO SANDOVAL (prueba aportada #1), en ejercicio del medio de control de nulidad electoral que consagra el artículo 139 del C.P.A.C.A., comedidamente acudo ante este Honorable Tribunal, con el fin de solicitarle que, previos los trámites de rigor, en sentencia de mérito, se acceda a la siguiente:

PRETENSIÓN

Se declare la nulidad del artículo 50 del Decreto 963 del 1 de octubre de 2020, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación prorrogó en provisionalidad al doctor **ELIAS HOYOS SALAZAR** como **Procurador 26 Judicial II para Asuntos Penales de Bogotá**, Código 3PJ, grado EC. (prueba aportada #2).

FUNDAMENTOS DE LA PRETENSIÓN (CONTEXTO FÁCTICO Y JURÍDICO DE LA CONTROVERSIA)

En orden cronológico:

1. **Sentencia de constitucionalidad que convirtió el cargo de Procurador Judicial en un cargo de carrera administrativa y ordenó la realización de un concurso de méritos para proveerlo.** Mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de

la expresión “*Procurador Judicial*” contenida en el numeral 2º del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, luego de considerar que la calificación que allí se hacía de dicho empleo como de *libre nombramiento y remoción*, resultaba contraria al mandato de homologación de derechos previsto en el artículo 280 superior, comoquiera que entre los derechos a ser homologados a favor de los Procuradores Judiciales se encuentra el que su empleo sea considerado de carrera administrativa. En esa misma providencia y como consecuencia de la declaratoria de inexecutable, la Corte Constitucional ordenó a la Procuraduría General de la Nación que en un término máximo de seis meses convocara a un concurso público de méritos para la provisión en propiedad de los cargos de Procurador Judicial, el cual debía culminar a más tardar un año después de la notificación de la sentencia (prueba aportada #3).

2. **Régimen de carrera administrativa al cual quedó sujeto el cargo de Procurador Judicial por cuenta de la sentencia de constitucionalidad.** En la mencionada sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013 la Corte Constitucional hizo claridad acerca de que, en materia de derechos de carrera, lo ordenado por el artículo 280 superior es una mera equiparación de regímenes, al precisar que *“una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los ‘procuradores judiciales’ es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación”* (subraya no original, prueba aportada #3). Similar precisión se reiteró por esa Corporación en el Auto 255 del 6 de noviembre de 2013 (prueba aportada #4). Luego, no hay duda de que el cargo de Procurador Judicial fue incorporado, por efecto de la sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, al régimen de carrera propio de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, regulado en forma especial por el Decreto Ley 262 de 2000.
3. **Reiteración de la orden de convocar a concurso de méritos para proveer el cargo de Procurador Judicial.** La orden de convocar a concurso de méritos para la provisión del cargo de Procurador Judicial se reiteró en la sentencia T-147 del 18 de marzo de 2013, mediante la cual la Corte Constitucional ordenó a la Procuraduría General de la Nación que convocara *“el concurso o concursos públicos necesarios para proveer todos los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad y frente a las cuales no se ha convocado concurso de méritos”* (subraya no original, prueba aportada #5).
4. **Concurso de méritos para proveer el cargo de Procurador Judicial.** En cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte Constitucional, casi dos años después, mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015 el Procurador General de la Nación reglamentó, por medio de catorce convocatorias, el concurso de méritos para proveer en propiedad todos los cargos de Procurador Judicial (prueba aportada #6).
5. **Lista de elegibles para proveer los cargos de Procuradores Judiciales II para Asuntos Penales y su vigencia.** Una vez cumplidas todas las etapas del concurso convocado mediante la Resolución 040 del 20 de enero

de 2015, se produjeron las listas de elegibles correspondientes a cada una de las catorce convocatorias. Fue así como, mediante la Resolución N° 357 del 8 de julio de 2016 (prueba aportada #7), publicada ese mismo día, el Procurador General de la Nación expidió las listas de elegibles correspondientes a la convocatoria número 004-2015 esto es, la realizada para proveer en propiedad 208 cargos ofertados de Procurador Judicial II de Asuntos Penales, conformada por 366 personas. La cual fue aclarada por medio de la Resolución 358 del 12 de julio de 2016. (prueba aportada #8)

- 6. Primeros nombramientos a partir de las listas de elegibles de la convocatoria 004-2015.** El 8 de agosto de 2016 se produjeron los primeros nombramientos en período de prueba en los cargos ofertados de Procurador Judicial II Asuntos Penales.

Cada uno de estos decretos de nombramiento es consultable en la publicación hecha el 22 de septiembre de 2016 en la página oficial de la Procuraduría General de la Nación, a la cual puede accederse mediante el siguiente enlace:

https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/DECRETOS_AGOSTO_2016.pdf

- 7. Terminación del nombramiento provisional del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR como Procurador 143 Judicial II para Asuntos Administrativos de Medellín.** Como consecuencia de uno de los nombramientos aludidos en el numeral anterior, concretamente, el nombramiento en período de prueba del elegible doctor JUAN NICOLAS VALENCIA, mediante el Decreto 3283 del 8 de agosto de 2016, el señor Procurador General de la Nación dio por terminado el nombramiento en provisionalidad del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR como Procurador 143 Judicial II para Asuntos Administrativos de la ciudad de Medellín (prueba aportada #9).
- 8. Sentencia de tutela que ordenó el reintegro del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR, en su condición de prepensionado, a un cargo de Procurador Judicial II.** Mediante fallo de tutela de segunda instancia proferido en el mes de abril de 2017, el Consejo de Estado, amparó los derechos fundamentales del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR y, como consecuencia de ese amparo, ordenó su reintegro a la Procuraduría General de la Nación hasta que fuera incluido en nómina de pensionados.
- 9. 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 #10).
- 10. 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 #11).

- 11. Carencia de derechos de carrera administrativa en cabeza de la nombrado.** El doctor ELIAS HOYOS SALAZAR no es titular de derechos de carrera administrativa, como tampoco hace parte de ninguna de las catorce listas de elegibles que resultaron del concurso convocado mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015. Esto último, según se advierte al revisar cada una de esas catorce listas, las cuales son consultables en la página oficial del concurso, a la cual puede accederse mediante el siguiente enlace:

<http://www.concursoprocuradoresjudiciales.org.co/>

- 12. 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 26 Judicial II Asuntos Penales de Bogotá, 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.
- 13. Mantenimiento de la vinculación provisional del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR como Procuradora Judicial II (Acto demandado).** El señor Procurador General de la Nación ha mantenido la vinculación en provisionalidad del doctor ELIAS HOYOS SALAZAR como Procurador 26 Judicial II para Asuntos Penales de Bogotá. Así sucedió mediante el artículo Ciento Dieciséis del Decreto 963 del 1 de octubre de 2020, a través del cual prorrogó por seis (6) meses su nombramiento provisional como Procurador 26 Judicial II para Asuntos Penales de Bogotá. (prueba aportada #2).
- 14. Publicación del nombramiento acusado en nulidad.** El Decreto 963 del 1 de octubre de 2020 fue publicado en la página web de la entidad el 11/11/2020 a las 11:23:10 a.m. (prueba aportada #13).

Explicado el contexto fáctico y jurídico de la controversia procedo a precisar enseguida las razones por las que el acto de nombramiento acusado es contrario a derecho, concretamente, al principio constitucional del mérito como criterio determinante para el ingreso a los cargos públicos de carrera.

CARGO DE NULIDAD

- 1. Causal de nulidad:**

La causal de nulidad que en este caso se invoca contra el acto administrativo acusado es la denominada “*infracción de las normas en que debería fundarse*”, prevista como causal de nulidad electoral en los artículos 137 y 275 del C.P.A.C.A.

La mencionada causal de nulidad se configura en el acto acusado por cuanto al momento de su expedición la autoridad demandada incurrió en violación de las normativas que desarrollan el principio de constitucional del mérito como criterio determinante para el ingreso, permanencia y ascenso a los cargos públicos de carrera, en todos los regímenes: general, especiales y específicos.

En los siguientes apartes se precisa el contenido de cada una de las reglas y subreglas jurisprudenciales transgredidas, para luego explicar en detalle el concepto de su violación y finalizar con algunas reflexiones útiles para la correcta interpretación del marco normativo conforme al cual deben resolverse los problemas jurídicos aquí planteados.

En el siguiente aparte se precisa el contenido de cada uno de los principios y reglas transgredidas, para luego explicar en detalle el concepto de su violación.

2. Identificación de las normas violadas:

2.1 De la Constitución Política:

El principio del mérito como criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de los empleos de carrera, previsto en el artículo 125 superior así:

“Artículo 125. (...)

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.

(...)”

Como surge de su tenor literal, la norma constitucional es clara en proscribir, en materia de provisión de cargos de carrera, todo nombramiento discrecional o que, en la práctica, desconozca el sistema del mérito.

2.2 Del sistema general de carrera administrativa, en cuanto se trate de mínimos aplicables a todo sistema de carrera:

El artículo 24 de la Ley 909 de 2004 consagra la figura del encargo como mecanismo preferente -sobre el nombramiento provisional- para la provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, así:

“Artículo 24. Mientras se surte el proceso de selección para proveer empleos de carrera administrativa, los empleados de carrera tendrán derecho a ser encargados en estos si acreditan los requisitos para su ejercicio, poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y su última evaluación del desempeño es sobresaliente.

En el evento en que no haya empleados de carrera con evaluación sobresaliente, el encargo deberá recaer en quienes tengan las más altas calificaciones descendiendo del nivel sobresaliente al satisfactorio, de conformidad con el sistema de evaluación que estén aplicando las entidades. Adicionalmente el empleado a cumplir el encargo deberá reunir las condiciones y requisitos previstos en la ley.

El encargo deberá recaer en un empleado que se encuentre desempeñando el cargo inmediatamente inferior de la planta de personal de la entidad.

Los cargos de libre nombramiento y remoción, en caso de vacancia temporal o definitiva, podrán ser provistos a través del encargo de empleados de carrera o de libre nombramiento y remoción, que cumplan los requisitos y el perfil para su desempeño.

En caso de vacancia definitiva el encargo será hasta por el término de tres (3) meses, prorrogable por tres (3) meses más, vencidos los cuales el empleo deberá ser provisto en forma definitiva.

Parágrafo 1o. Lo dispuesto en este artículo se aplicará para los encargos que sean otorgados con posterioridad a la vigencia de esta ley.

Parágrafo 2o. Previo a proveer vacantes definitivas mediante encargo o nombramiento provisional, el nominador o en quien este haya delegado, informará la existencia de la vacante a la Comisión Nacional del Servicio Civil a través del medio que esta indique.”

La regla anterior, que supone el deber de todo nominador de agotar de manera preferente el encargo sobre el nombramiento provisional es aplicable tanto al sistema general de carrera como a los sistemas específicos.

Así lo precisó la Comisión Nacional del Servicio Civil en respuesta a las consultas radicadas bajo los números 22821 de 2008, 54342 de 2012, 56283 de 2012 y 2013-05-28 de 2013.

En efecto, en el último de los citados conceptos, la Comisión Nacional del Servicio Civil sostiene con toda claridad (destacado no original, prueba aportada #14:

“3. CARACTERÍSTICAS.

A la luz de la normatividad vigente, es necesario resaltar las siguientes características jurídicas de la figura del encargo:

*- NATURALEZA MIXTA. **El encargo es un modo de provisión transitoria de los empleos de carrera, pero también constituye un derecho preferencial de carrera.***

- CARÁCTER REGLADO DEL ENCARGO COMO DERECHO. El agotamiento del procedimiento para la provisión transitoria por encargo, su concesión a quien detente el mejor derecho y cumpla con los requisitos, su desarrollo y terminación se encuentran presupuestados en la ley. Para su otorgamiento, deben concurrir ciertos

*elementos de hecho y de derecho exigidos por el ordenamiento. **El carácter reglado de la figura de encargo implica entre otros aspectos, que éste se predica respecto de un sujeto calificado, esto es, el empleado titular de derechos de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la ley, para hacerse a creador al encargo. La figura del encargo no puede aplicarse respecto de servidores nombrados en provisionalidad o en empleos de otra naturaleza (...)***
(Resaltado nuestro)

- ES UN MECANISMO PREFERENTE DE PROVISIÓN TRANSITORIA DE EMPLEOS DE CARRERA. **El procedimiento de encargo debe agotarse de manera preferente al nombramiento en provisionalidad. Sólo en defecto de la posibilidad de otorgar un encargo para la provisión transitoria de un empleo de carrera en vacancia temporal, es procedente acudir al nombramiento en provisionalidad. Así mismo, debe tenerse en cuenta que, el deber de agotar de manera preferente el encargo, por sobre el nombramiento en provisionalidad es aplicable, tanto al sistema general de carrera como a los sistemas específicos.**

(...)

- TRANSITORIEDAD. Siendo un modo de provisión transitoria el encargo no tiene vocación de permanencia indefinida en el tiempo, sino que por el contrario, tiene un carácter temporal, que debe ser establecido desde el momento mismo de la concesión.

(...)

- EL ENCARGO ES UN MECANISMO DE PROVISIÓN QUE CONCEDE UNA ESTABILIDAD PRECARIA. Esto significa que el encargo debe ceder ante la provisión definitiva del empleo por cualquiera de los mecanismos de provisión establecidos en la Ley y, que la estabilidad en el empleo no es equiparable a la que se adquiere a través de los mecanismos de provisión definitiva.

- EL DERECHO A ENCARGO SUSCEPTIBLE DE SER EXIGIDO POR VÍA DE RECLAMACIÓN DE CARRERA. Siendo un derecho preferencial del empleado de carrera que cumpla con los presupuestos establecidos en la norma, este derecho puede exigirse mediante el procedimiento de reclamación de carrera, dispuesto en los artículos 12 y 16 de la Ley 909 de 2004 y en el Decreto 760 de 2005.

(...)"

2.3 Del sistema específico de carrera de los empleos del nivel profesional de la Procuraduría General de la Nación, contenido en el Decreto Ley 262 de 2000, entendido según su interpretación conforme a la Constitución:

El nombramiento en provisionalidad acusado desconoce varias normas del régimen de carrera específico aplicable, las cuales, según se explicará en detalle más adelante, deben interpretarse y aplicarse conforme al principio constitucional del mérito, en tanto éste es un criterio de obligada observancia en todo tipo de provisión de empleos de carrera.

Tales normas son las siguientes (resaltado nuestro)

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

(...)

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.

(...)”

“Artículo 183. Concepto. La carrera de la Procuraduría es un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la entidad y ofrecer igualdad de oportunidades para el acceso a ella, la estabilidad en los empleos y la posibilidad de ascender, como también establecer la forma de retiro de la misma.

*Para alcanzar estos objetivos, **el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera de la Procuraduría se hará exclusivamente con base en el mérito,** sin que las consideraciones de raza, religión, sexo, filiación política u otro carácter puedan influir sobre el proceso de selección”.*

“Artículo 185. Procedencia del encargo y de los nombramientos provisionales. En caso de vacancia definitiva de un empleo de carrera, el Procurador General podrá nombrar en encargo a empleados de carrera, o en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño.

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

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

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

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

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

2.4 Subregla jurisprudencial violada: Deber de motivación de los nombramientos provisionales en cargos de carrera

La jurisprudencia constitucional ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en cargos de carrera administrativa, en el sentido de imponer al nominador la carga de justificar las razones por las cuales se recurre a las vías de excepción para proveer cargos de carrera.

Dicha subregla jurisprudencial se estructura a partir de lo considerado, entre otras, en las sentencias C-733 de 2005, T-800 de 1998, T-884 de 2001, T-392 de 2005 y especialmente en la C-753 de 2008, oportunidad en la que la Corte Constitucional sostuvo (subraya no original):

*"Así mismo, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara al establecer **el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad o en encargo o suprimen cargos en provisionalidad, ya que de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a los vías de excepción para proveer cargos de carrera pública**, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es precaria, esta corporación ha reiterado en múltiples ocasiones que la estabilidad laboral de un funcionario que ocupa un cargo de carrera administrativa no se reduce por el hecho de que lo haga en provisionalidad, debiendo motivar por ejemplo arguyendo que el cargo será proveído por quien ganó el concurso.¹*

De la anterior exposición esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley; (ii) que el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; (iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionalmente no justificadas; (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados."

La anterior subregla jurisprudencial es exigible tanto en el sistema general de carrera administrativa como en los regímenes especiales y específicos. Para

¹ Ver, Sentencias T-800 de 1998, MP: Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada en T-884 de 2001, MP: Clara Inés Vargas, T-392 de 2005, MP: Alfredo Beltrán Sierra, C-733 de 2005, MP: Clara Inés Vargas.

corroborar tal afirmación basta con advertir que la anterior transcripción corresponde a la *ratio decidendi* conforme a la cual la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 74 del Decreto Ley 91 de 2007, norma propia del sistema especial de carrera del Sector Defensa que autoriza los nombramientos provisionales y en encargo en dicho Sector.

De hecho, la decisión de la Corte al respecto, aplicable a todo sistema de carrera, fue la siguiente:

“5.2 Declarar EXEQUIBLE de manera condicionada el inciso primero del artículo 74 del Decreto 091 de 2007 en el entendido que la provisión de cargos en provisionalidad o en encargo en la administración del sector defensa se realizará hasta cuando se provea el cargo respectivo mediante concurso público o hasta cuando se reintegre el titular del cargo, según sea el caso; así mismo deberá ser justificada mediante acto administrativo motivado, en donde se deberán exponer las razones por las cuales se considera que es estrictamente necesario dicha provisión excepcional.”

No hay duda, entonces, del deber inexcusable de la administración de motivar los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo, para ocupar cargos de carrera administrativa, sean éstos del sistema general o de alguno de los sistemas específicos.

Sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional, C-563 de 2000, sobre los sistemas específicos de carrera administrativa (resaltado nuestro):

*“Los sistemas específicos de carrera son constitucionales **en la medida en que respeten el principio general, esto es que establezcan procedimientos de selección y acceso basados en el mérito personal**, las competencias y calificaciones específicas de quienes aspiren a vincularse a dichas entidades, garanticen la estabilidad de sus servidores, determinen de conformidad con la Constitución y la ley las causales de retiro del servicio y contribuyan a la realización de los principios y mandatos de la Carta y de los derechos fundamentales de las personas, a tiempo que hagan de ellos mismos instrumentos ágiles y eficaces para el cumplimiento de sus propias funciones, esto es, para satisfacer, desde la órbita de su competencia, el interés general.”*

3. Interpretación constitucional de los artículos 82, 183 y 185 del Decreto Ley 262 de 2000.

En la fijación del litigio que tendrá lugar en la audiencia inicial especial énfasis haremos en este capítulo de la demanda, pues la violación que se denuncia del Decreto Ley 262 de 2000 lo es respecto de determinados preceptos, pero en su interpretación conforme a la Constitución Política.

Interpretación constitucional que solicitamos sea la aplicada al resolver el caso concreto y que podemos sintetizar así:

A la luz del principio constitucional del mérito, el Decreto Ley 262 de 2000 no autoriza una discrecionalidad absoluta en la escogencia de las dos opciones autorizadas para el nominador (encargo o nombramiento provisional), sino que, bien entendida, contiene una regla de procedimiento propia de una verdadera actuación reglada, en cuanto exige del nominador agotar en primera instancia la figura del encargo, de tal forma que solamente ante la imposibilidad de hacer la provisión mediante el sistema de méritos (encargo), es que queda habilitado para proceder al nombramiento no meritocrático (provisional) de un empleo de carrera.

Son varias las razones que permiten arribar válidamente a tal entendimiento de la norma, todas referidas al contenido normativo del artículo 125 superior, ya transcrito en el capítulo anterior, en el que se identificaron las normas violadas.

En efecto, con apoyo en esta norma superior, las siguientes son las razones que permiten concluir la tesis interpretativa antes sintetizada:

- El principio del mérito no es un principio constitucional como cualquier otro, sino que es uno de aquellos que, según la jurisprudencia constitucional, constituyen un verdadero eje axial, presupuesto esencial, elemento definitorio, cimiento principal o principio basilar de nuestro modelo estatal (ver, entre otras, las sentencias C-588 de 1999, C-563 de 2000, C-533 de 2010, C-673 de 2015 y C-645 de 2016 de la Corte Constitucional).
- En sintonía con lo anterior, no hay duda de que desconocer el principio del mérito es tanto como sustituir el ordenamiento constitucional por otro. Téngase en cuenta el precedente fijado en la sentencia C-588 de 1999 de la Corte Constitucional que es una verdadera sentencia hito en esta materia, comoquiera que mediante ella se declaró inexecutable en su totalidad un acto reformativo de la Carta Política que, por desconocer el principio del mérito, se le consideró -nada más ni nada menos- que sustitutivo del ordenamiento constitucional.
- Según la ya citada sentencia C-673 de 2015, son tres los criterios bajo los cuales es posible comprender el alcance normativo del principio del mérito, siendo uno de ellos el criterio conforme al cual se le concibe como regla que restringe el espacio de interpretación de todo operador jurídico, incluido el legislador. En ese sentido, esa sentencia es clara al sostener que el principio del mérito constituye una regla interpretativa de obligada observancia al momento de precisar el alcance de toda norma que se ocupe de regular el ingreso, la permanencia, el ascenso o el retiro en un cargo público de carrera administrativa. En consecuencia, en este caso, no hay duda de que el principio del mérito es regla interpretativa de obligada observancia para entender el alcance normativo de las opciones previstas en el artículo 138 de la Ley 201 de 1995.
- El concurso público de méritos es, salvo que la Constitución o la ley disponga otro “sistema de nombramiento”, el único mecanismo válido para la selección de las personas que ocuparán cargos de carrera administrativa. Este condicionamiento es expreso en el texto constitucional. Luego, la provisión de estos cargos es, por expreso mandato literal constitucional, una actuación administrativa reglada y no discrecional.
- La realización del principio del mérito en el acceso a los cargos de carrera administrativa no se satisface con el mero cumplimiento de los requisitos mínimos, esto es, de la manera como se regula el acceso a los empleos de libre nombramiento. No de otra manera se entiende que respecto de los empleos de carrera el constituyente haya exigido la celebración de concursos

de méritos o el adelantamiento de procesos de selección que la Constitución o la ley definan para que, en condiciones de igualdad, competencia y transparencia, entre otras, se seleccione a los mejores.

- El nombramiento provisional, entendido como la provisión discrecional transitoria de un empleo de carrera, no corresponde al modelo estatal de función pública definido constitucionalmente. Es, sin duda alguna, una situación anómala. Luego, su aplicación es excepcional, restringida y limitada a aquellos eventos en que no sea posible acudir a algún sistema de selección meritocrático previsto en la Constitución o en la ley. Y ello es así sin importar de qué tipo de vacante -temporal o definitiva- se trate. No entenderlo así sería desnaturalizar el empleo de carrera, pues en la práctica conllevaría el traslado al régimen de carrera de una facultad discrecional que, por esencia, está restringida al régimen de los empleos de libre nombramiento, esto es, de los empleos de excepción en nuestro modelo estatal de función pública. Nótese que el nombramiento provisional no supone el adelantamiento previo de ningún proceso objetivo e igualitario de selección, situación que, de suyo, es inadmisibles en un cargo de carrera, se insiste, sea cual sea la vacante de que se trate.
- Cuando la norma superior impone que no solamente el ingreso sino también el ascenso en los cargos de carrera debe estar mediado por criterios meritocráticos, reconoce que hacer parte de la carrera administrativa no se limita ni se agota permaneciendo inamovible en el mismo empleo. La carrera, entonces, por expreso mandato constitucional, supone movilidad laboral por la vía del ascenso y el medio para ello no puede ser otro que el derecho preferencial de encargo.
- Resultaría abiertamente contrario a las finalidades del principio constitucional aceptar como válida una interpretación que habilite al nominador para privilegiar la provisionalidad sobre el encargo o que, de algún modo lo deje en libertad de descartar la opción meritocrática para preferir la discrecional. Desde el punto práctico, significaría que el nominador queda en libertad de permitir que el cumplimiento de los cometidos estatales a través de un empleo de carrera quede en manos de una persona por completo ajena al modelo constitucional al que, precisamente, pertenece ese empleo. Sería, pues, un evidente contrasentido.
- Si la Constitución optó por un modelo meritocrático como regla que admite muy escasas excepciones de manejo discrecional en la función pública ¿por qué desconocer ese modelo en aquellos eventos en que no se cuenta con lista de elegibles? ¿acaso el tenor literal del artículo 125 constitucional no garantiza el ascenso, es decir, el encargo, como derecho inherente a la carrera administrativa? ¿acaso el principio meritocrático que asegura la Carta Política es exclusivamente el que se realiza al momento del ingreso a través de una lista de elegibles?
- La tesis interpretativa que viene sosteniendo la entidad demandada vulnera el principio del mérito pues ella permite, sin condicionamiento alguno, no

solamente que se prefiera el nombramiento no meritocrático en un cargo de carrera sino que permanezca indefinidamente en el tiempo en el caso de vacantes definitivas, pues es sabido que en el régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación no existe norma que imponga una determinada periodicidad en la convocatoria a concurso de méritos. Luego, las prórrogas de la provisionalidad tienen la enorme probabilidad de que se prolonguen por mucho tiempo. Ante ese panorama, es claro que, a la luz de la Carta Política, nada justifica sacrificar el principio del mérito cuando se tiene la posibilidad de optar por una forma de provisión meritocrática, mucho menos si ese sacrificio facilitará la permanencia indefinida de una situación anómala, pues ha sido construida bajo criterios discrecionales y, por tanto, ajenos al sistema de carrera.

- Por aplicación directa del artículo 125 superior frente a una vacante lo que corresponde hacer siempre al nominador es acudir a una lista de elegibles. No obstante, ello no siempre es posible, como ocurre en las vacantes transitorias o simplemente cuando no hay lista vigente. No obstante, sin importar la vacante de que se trate, ya vimos cómo la jurisprudencia constitucional ha sido clara al establecer el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en cargos de carrera administrativa, en el sentido de imponer al nominador la carga de justificar las razones por las cuales se recurre a las vías de excepción y no a la lista de elegibles para proveer cargos de carrera. Dicha subregla jurisprudencial se estructura a partir de lo considerado, entre otras, en las sentencias T-800 de 1998, T-884 de 2001, T-392 de 2005, C-733 de 2005 y especialmente en la C-753 de 2008
- La vacancia temporal de un cargo de carrera administrativa no lo convierte en un cargo de libre nombramiento. Como se sabe, los cargos denominados de libre nombramiento y remoción se denominan así porque se encuentran sometidos a las exigencias discrecionales del nominador dada la naturaleza de las funciones que ejercen, pues se trata de empleos a los que les son asignadas tareas de dirección y manejo que, aunque regladas, exigen un elevado nivel de confianza. Por tanto, para la provisión de un cargo de carrera administrativa, sea cual sea la vacante de la que se trate, no puede aceptarse que el ordenamiento jurídico autorice al nominador a hacer uso libre de su discrecionalidad, precisamente porque el supuesto fáctico que explica y justifica la provisión y el retiro discrecionales exclusivamente en los cargos de libre nombramiento y remoción (relación de confianza que exigen las funciones de dirección y manejo), jamás se presenta en los cargos de carrera, bajo ningún supuesto. Esa discrecionalidad debe ser limitada.

Se concluye, entonces, que una interpretación conforme al artículo 125 superior de los artículos 82, 183 y 185 del Decreto Ley 262 de 2000 no puede ser otra que la de entender estas disposiciones como una regla de procedimiento que, para efectos de proveer una vacante en un cargo de carrera para el cual no sea posible acudir a lista de elegibles, exige del nominador agotar en primera instancia el derecho preferencial de encargo, de tal forma que solamente ante la imposibilidad de hacer la provisión mediante la figura que surge del sistema de méritos

(encargo), es que queda habilitado para proceder al nombramiento no meritocrático (provisional) de un empleo de carrera.

Así las cosas, habiendo identificado el conjunto de reglas (normas y subregla) violadas, así como la debida interpretación de las primeras, procedemos a explicar el concepto de violación de tales preceptos.

4. Concepto de violación de las reglas y subregla precisadas como infringidas (dos omisiones endilgadas a la administración):

Con la expedición del artículo Ciento Dieciséis del Decreto 431 del 19 de marzo del 2020 el Procurador General de la Nación desconoció la naturaleza reglada que, por aplicación del principio constitucional del mérito (artículo 125 superior e inciso 2º del artículo 185 del Decreto ley 262 de 2000), se predica de todo acto de nombramiento que recaiga en un cargo de carrera administrativa, como es en este caso el de Procurador Judicial.

En concreto, las omisiones que se censuran a la administración al momento de expedir el acto acusado y que configuran la violación de las reglas de derecho ya precisadas fueron las dos siguientes:

- Omitió acudir a la figura privilegiada del encargo que, según el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, constituye el mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, incluso de los que pertenecen al régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el inciso 2º del artículo 185 del Decreto ley 262 de 2000 y con la doctrina autorizada de la Comisión Nacional del Servicio Civil.
- Omitió motivar la decisión, pues contrario a lo exigido por la ya precisada subregla de la jurisprudencia constitucional (sentencia C-753 de 2008), ninguna explicación ofrece el acto acusado en punto a las *razones del servicio* (artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000) que obligaron al Procurador General de la Nación no solamente a no preferir un nombramiento en encargo, sino a acudir al nombramiento provisional que recayó en alguien que no es titular de derechos de carrera administrativa y que no está en mejor posición o derecho para acceder a un cargo respecto de servidores públicos de carrera administrativa de la propia Procuraduría General de la Nación, que cumplen con suficiencia los requisitos para el empleo y la evaluación satisfactoria en su desempeño, como lo exige el inciso 2º del artículo 185 del Decreto ley 262 de 2000.

5. Precedentes jurisprudenciales que defienden la naturaleza reglada de toda actuación administrativa orientada a proveer empleos de carrera:

No son pocos los precedentes jurisprudenciales que en sede constitucional y administrativa defienden la naturaleza eminentemente reglada de *todo* nombramiento que recaiga en un cargo de carrera administrativa. Gracias a esa sólida jurisprudencia hoy día no se discute la sujeción que debe garantizar el

nominador al principio del mérito y a las reglas de carrera administrativa siempre que deba proveer, definitiva o transitoriamente, un empleo de carrera.

Del conjunto de sentencias que integran ese derrotero jurisprudencial, destacamos las siguientes por considerarlas ilustrativas para resolver el caso planteado, así:

Sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de abril de 2015 en el expediente 76001-23-33-000-2014-01181-01, acerca del carácter reglado de los encargos (resaltado nuestro):

“2.3.4.4. De lo anterior puede concluirse:

- i) **El encargo es un derecho de los servidores públicos de carrera.***
- ii) El encargo siempre debe sujetarse a las disposiciones legales que lo regulan.*
- iii) El encargo hace parte de los incentivos no pecuniarios.*
- iv) Los incentivos hacen parte de la política estatal para mejorar el desempeño laboral de los empleados y premiar la excelencia.*
- v) Los incentivos pueden ser pecuniarios o no pecuniarios, los cuales, en todo caso, se otorgarán conforme a las normas legales correspondientes.*
- vi) Es obligación del jefe de las entidades públicas fijar anualmente el plan de incentivos para los empleados.”*

Sentencia C-288 de 2014 de la Corte Constitucional, sobre el deber de acudir a la figura del encargo ante la inexistencia de listas de elegibles tratándose de la provisión de empleos de carrera transitorios (resaltado nuestro):

*“**Ante la ausencia de lista de elegibles, se debe dar prioridad a la selección de personas que se encuentren en carrera administrativa, cumplan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad pública.**”*

Sentencia C-753 de 2008 de la Corte Constitucional, sobre la naturaleza excepcional del nombramiento en provisionalidad o en encargo en materia de provisión de cargos de carrera administrativa:

“De la anterior exposición esta Corte concluye (i) la carrera administrativa es la norma general para proveer los empleos de órganos y entidades del Estado, y las excepciones se encuentran en la Constitución y la ley; (ii) que el sistema de nombramiento en los cargos de carrera se realizará mediante concurso público; (iii) que el ingreso y el ascenso en la carrera administrativa se realizará teniendo en cuenta las condiciones, los méritos y las calidades de los aspirantes, excluyéndose todo tipo de razones constitucionalmente no justificadas; (iv) que el nombramiento en provisionalidad o en encargo son excepciones a la regla general; (v) que estas excepciones son válidas desde el punto de vista constitucional en aras de preservar la continuidad del servicio público de la administración, y no vulneran el principio de carrera administrativa ni el principio de igualdad de oportunidades, siempre y cuando el Legislador fije claros límites temporales a ella, y la administración justifique dichos nombramientos en provisionalidad o en encargo mediante actos administrativos motivados.”

6. Precedentes jurisprudenciales aplicables al caso concreto:

Se trata, en primer lugar, de la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de marzo de 2009 en el expediente 11001-03-28-000-2008-00010-00; oportunidad en la que esa Corporación declaró la nulidad de un acto de nombramiento provisional con el cual fue provisto un cargo de carrera administrativa, luego de concluir que la forma de provisión que procedía en el caso concreto, por tratarse de una vacante transitoria, era el encargo, y de manera preferencial, en los términos de la Ley 909 de 2004 (prueba aportada #15).

También en sentencia dictada por el Tribunal Administrativo Cundinamarca el 11 de noviembre de 2018 en el expediente 25-000-23-41-000-2018-00096-00, oportunidad en la que se declaró la nulidad de un acto de nombramiento provisional con el cual fue provisto un cargo de Procurador Judicial II, luego de concluir que la forma de provisión que procedía en el caso concreto, por tratarse de una vacante transitoria, era el nombramiento provisional de cualquiera de los elegibles de la lista aún vigente, en los términos del inciso final del artículo 216 del Decreto 262 de 2000 (prueba aportada #16).

Recientemente, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencias adicionales (prueba aportada #17) reiteró la interpretación constitucional que aquí se propone, según la cual, el derecho preferencial de encargo prevalece sobre el nombramiento provisional.

En una de ellas, la proferida el 13 de diciembre de 2019 en el expediente 250002341000-2018-00790-00, en dicha ocasión se abordó el estudio de una prórroga de un nombramiento cuyo nombramiento inicial se produjo como fruto del cumplimiento de una orden judicial, situación fáctica idéntica a la actual, en dicha providencia se dijo con toda claridad (resaltado nuestro):

*“De conformidad con dicha normativa, es claro que el nombramiento en provisionalidad de funcionarios que no pertenecen a la carrera por el tiempo que dure dicha situación está permitido dentro de la Procuraduría General de la Nación, sin embargo, **no opera la potestad del nominador comoquiera que el principio de mérito establecido en el artículo 125 constitucional y 216 del Decreto 262 de 2000 también implica que el nominador para proveer esa vacante primordialmente deberá utilizar la lista de elegibles para el empleo materia de discusión.***

Igualmente, en caso de no existir esa lista de elegibles, el artículo 187 del Decreto Ley 262 de 2000 dispone que las vacantes pueden suplirse mediante encargo a empleados de carrera o inclusive en provisionalidad a cualquier persona que reúna los requisitos exigidos para su desempeño. Pero, además, el nombramiento por encargo se hace 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.

(...)

En este orden de ideas, una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y legales imponen a la Procuraduría General de la Nación el deber de proveer un cargo que se encuentre vacante bajo un orden consecuente, esto es: 1º acudir a la lista de elegibles vigente existente; 2º encargar a un empleado de carrera y finalmente, 3º nombrar a un tercero provisionalmente que reúna los requisitos para su desempeño.

(...)

*Con mayor razón si se tiene en cuenta que el principio constitucional del mérito tiene una connotación especial para el manejo de los sistemas de carrera, por cuanto en la Ley 909 de 2004 inclusive, se autoriza los nombramientos en provisionalidad para proveer las vacantes de cargos de carrera con vacancia temporal, **pero además se precisa con claridad que los nombramientos provisionales tienen una naturaleza residual y específica, y en todo caso, las normas de la Ley 909 de 2004 tiene carácter supletivo para los sistemas especiales de carrera administrativa, por lo que su observancia tiene plena procedencia en el asunto.***

De igual manera en reciente sentencia proferida por este mismo Tribunal, en el expediente N° 250002341000 2019 00373 00, el pasado 24 de julio el Tribunal Administrativo declaró la nulidad de un nombramiento en provisionalidad de una Procuradora Judicial II al considerar que la Entidad si incurrió en los vicios endilgados, en la citada providencia el Tribunal señaló:

*“En ese orden de ideas, una interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales y legales imponen a la Procuraduría General de la Nación el deber de proveer un cargo que se encuentre vacante bajo un orden consecuente, **esto es: 1º acudir a la lista de elegibles vigente existente; 2º encargar a un empleado de carrera y finalmente, 3º nombrar a un tercero provisionalmente que reúna los requisitos para su desempeño.** Es decir, que si se presenta una vacante tal empleo podrá proveerse o bien por nombramiento de quien integra el mejor lugar de la lista de elegibles si la hubiere, o por encargo designando al personal de carrera que reúna los requisitos del cargo y calificación, o en provisionalidad mientras dure el encargo de aquél. En este escenario, lo relevante será determinar si debe prevalecer el encargo, como quiera que acude a los funcionarios de carrera de la entidad, o la provisionalidad al nombrar un tercero, dado que es indiferente quien sea designado, siempre que cumpla con los requisitos y sea por necesidad del servicio. (prueba aportada #17)*

De igual forma, el Tribunal Administrativo de Antioquia el pasado 6 de octubre de 2020 en la sentencia proferida dentro del expediente rad. N° 05001 23 33 000 **2020 00574** 00 por este mismo Tribunal, declaró la Nulidad Electoral contra el acto de nombramiento de un Procurador Judicial II para Asuntos Laborales, por incurrir en violación del régimen de carrera administrativa tal y como acá se expone, que se hizo sin acatar el nombramiento **por encargo** de los cargos vacantes en la entidad, lo que implicaba acudir en primera medida a su personal de carrera y no a los nombramientos provisionales de terceros. Así dijo expresamente este Tribunal en la motivación de la sentencia:

“Tal como se dijo en acápite anteriores, si bien existe la posibilidad de que el nominador provea la vacante de un cargo de carrera de manera temporal con un nombramiento en provisionalidad, lo cierto es que, para hacerlo, requiere (I) constatar que no hay personas que hagan parte del registro de elegibles vigente para suplir el cargo de manera definitiva, (II) garantizar la concurrencia en el proceso tendiente a proveer la vacante a través de la publicación de una convocatoria, (III) si, como consecuencia de la convocatoria, algún empleado con derechos de carrera de la misma entidad se postula, debe verificar que cumpla con los requisitos (calificación sobresaliente y cumplimiento de los requisitos legales para desempeñar el cargo) y, si no los cumple o considera se puede ver afectada la prestación del servicio con su designación, se abre paso a que provea la vacante con un nombramiento en provisionalidad, pero, en tal caso, debe motivar la decisión de optar por esta última clase de nombramiento”. (prueba aportada #18)

De igual forma, en sentencia proferida por la Subsección B Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Magistrado Ponente, César Palomino Cortés, el pasado 29 de mayo de 2020 (Rad. N° 11001-03-25-0002018-00605-00). (prueba aportada #19)

En la referida sentencia, el Consejo de Estado reiteró que la carrera administrativa cumple una doble función en la medida en que es, a la vez, regla general y principio constitucional, que regula el *“ingreso, la permanencia, la promoción y el retiro en los diferentes empleos del Estado”*², y señaló que *“(E)sto supone que las excepciones a la regla general son de interpretación restringida y deben estar justificadas en la ley de acuerdo con la naturaleza de la función asignada”*³.

Para el Consejo de Estado la carrera administrativa busca salvaguardar la función pública de:

*“(...)la influencia directa de los partidos y de los intereses políticos de carácter partidista en la integración y conformación de los cuadros de la administración pública, y el de limitar al mínimo los efectos de las variaciones en los esquemas y acuerdos de gobernabilidad en un régimen democrático y participativo como el nuestro, y para poner a salvo de estas posibles y periódicas alteraciones a la mayor parte de los funcionarios y para garantizar el funcionamiento idóneo y continuado de la administración(...)”*⁴.

Y recabó que la importancia que se le reconoce a la carrera administrativa (concurso público, **mérito** e igualdad de oportunidades para acceder y **ascender** en los cargos públicos), es de tal entidad que la Corte Constitucional la ha distinguido como uno de los valores o principios que identifican la Constitución de 1991⁵, al señalar que:

“(...) dentro de la estructura institucional del Estado colombiano, la carrera administrativa es un principio constitucional, y como tal una norma jurídica superior cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional y, por lo mismo, una

² Corte Constitucional C-284 de 2011, C-671 de 2001.

³ Corte Constitucional C-195 de 1994.

⁴ Corte Constitucional C-405 de 1995.

⁵ Corte Constitucional C-588 de 2009, C-249 de 2012.

*de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución, cuando se la desconoce en conjunto con otras garantías constitucionales (...)*⁶

Si bien, la demanda conocida por el Consejo de Estado versó sobre la nulidad de un acto administrativo expedido por la CNSC que reconocía el **derecho preferencial al encargo** de varios servidores de la Superintendencia de Notariado y Registro, fue claro en establecer que dicho derecho constituye como una prerrogativa de origen constitucional, eje axial de la misma, mínima e irreductible, aplicable tanto a la carrera general como a las especiales.

Y al recordar la regulación de los sistemas de carrera especiales de origen constitucional, evocó la reiterada jurisprudencia constitucional que ha señalado que, si bien, por su naturaleza se encuentran sujetos a una regulación diferente por parte del Legislador, está debe aplicarse e interpretarse *“siempre con observancia de los principios constitucionales, entre los que se destacan los de igualdad, mérito y estabilidad”*⁷. Bajo ese derrotero, y a efectos de la garantía de esos principios, muy de la mano con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, adoctrinó el Consejo de Estado que:

*“(…) Como quiera que el derecho preferencial de encargo de los empleados de carrera, previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004, tiene como finalidad proteger el mérito y la función pública, y se haya erigido como una prerrogativa mínima e irreductible; **no es posible aceptar que los sistemas especiales de carrera desconozcan**, la inobserven y no se compadezcan con los logros y derechos mínimos alcanzados por los trabajadores positivizados en el sistema general de la carrera, pues una interpretación en contrario, implicaría connotar al régimen específico como laboralmente regresivo, y por ende contrario a los fines del estado social y a los derechos de raigambre constitucional”*

Son varios, pues, los precedentes jurisprudenciales aplicables.

7. La Procuraduría General de la Nación, en su misión preventiva y disciplinaria, propugna por el respeto del principio del mérito en la provisión de todo cargo de carrera administrativa.

Con el único propósito de ilustrar al Tribunal acerca de la posición que, como ente de control, tiene la Procuraduría General de la Nación, en cuanto al deber de todo nominador de dar estricta aplicación del principio del mérito en la provisión de los empleos de carrera, me permito traer a colación dos recientes pronunciamientos de la entidad, uno en materia preventiva y otro en materia disciplinaria:

- Por una parte, el exhorto realizado mediante el Boletín 504 del 5 de julio de 2019 a través del cual el Procurador General de la Nación, señala *“que a través de la Mesa de la Meritocracia en el Empleo Público, logró un acuerdo para que 91 entidades del Gobierno nacional destinen \$86.000 millones para la convocatoria de concursos que permitan proveer los empleos que se encuentran en provisionalidad, y*

⁶ Corte Constitucional C-588 de 2009.

⁷ Corte Constitucional, Sentencias C-532 de 2006 y C-553 de 2010, entre otras.

asegurar que en 2022 el 100% de esas plazas estén ocupadas por servidores de carrera". (prueba aportada #20).

- Por otra parte, la indagación que se adelanta contra el presidente y segundo vicepresidente del concejo municipal de San José de Cúcuta, "por cuanto, se hace necesario vincular a nuevos sujetos procesales" y porque los hechos estarían relacionados "no sólo con la designación y posesión de Martín Eduardo Herrera León como Personero Municipal Transitorio de la ciudad, sino con la omisión de encargar al funcionario que en jerarquía le correspondía ocupar el cargo personero".

Así mismo, se ordenó remitir copia del expediente a la Provincial Cúcuta para que evalúe la posibilidad de iniciar una actuación disciplinaria por presunta extralimitación de funciones contra los servidores de la personería que señalaron que no aceptaban el encargo, salvo que a quien se designara no fuera el personero saliente, no obstante que al parecer la designación era de forzosa aceptación.

<https://www.procuraduria.gov.co/portal/Procuraduria-cito-a-juicio-disciplinario-y-suspension-por-tres-meses-al-personero-e-de-Cucuta.news>

Lo anterior, como se anunció, con fines meramente ilustrativos.

SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

Se sustenta de conformidad con los requisitos formales indicados en los artículos 229 y siguientes del C.P.A.C.A. aplicables al caso, así:

1. **Tipo de medida.** Comedidamente solicito que, como medida cautelar se disponga la señalada en el artículo 230, numeral 3, del C.P.A.C.A., esto es, la consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto acusado de nulidad, contenido en el artículo 50 del Decreto 963 del 1 de octubre de 2020, por medio del cual el señor Procurador General de la Nación prorrogó el nombramiento al doctor ELIAS HOYOS SALAZAR como Procurador 26 Judicial II para Asuntos Penales de Bogotá , código 3PJ, grado EG (prueba aportada #2).
2. **Causal de procedencia.** En los términos del primer inciso del artículo 231 del C.P.A.C.A., me remito al capítulo anterior de esta demanda, en donde se expusieron en detalle los argumentos por los cuales se configura en este caso la violación de los artículos 125 superior, 24 de la Ley 909 de 2004 y 82, 185, 187 y 216 del Decreto Ley 262 de 2000, así como la subregla jurisprudencial de la Corte Constitucional que impone el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o en encargo en empleos de carrera administrativa, sean éstos del sistema general de carrera administrativa o de alguno de los sistemas específicos.

3. **Juicio de ponderación de intereses.** En cumplimiento del requisito de procedibilidad regulado en el artículo 231, numeral 3, del C.P.A.C.A., es del caso informar que, de no accederse ahora a la suspensión solicitada resultaría más gravoso para el interés público esperar hasta la ejecutoria de la sentencia para que la administración ajuste su proceder en el sentido de proveer el cargo de Procurador 26 Judicial II para Asuntos Penales de Bogotá, conforme al principio del mérito y reglas de carrera administrativa generales y específicas que lo desarrollan y que, según se explicó en el capítulo anterior, fueron arbitrariamente desconocidas.
4. **Caución.** Aun cuando la caución no procede cuando la medida solicitada es la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos o cuando se actúe en defensa de la legalidad en abstracto, comedidamente solicito que, de llegar a considerarse necesario prestar caución, a la mayor brevedad se siga el trámite señalado en el artículo 232 del C.P.A.C.A.

OPORTUNIDAD PARA DEMANDAR

De conformidad con el artículo 164, numeral 2, literal a), en casos como este la oportunidad para demandar es la siguiente:

“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”.

Aplicada dicha regla de oportunidad al caso concreto y teniendo en cuenta que la publicación del acto de elección acusado ocurrió el 11 de noviembre de 2020 (prueba aportada # 13), el plazo para demandar su nulidad vence, el próximo 14 de enero de 2020.

En el conteo del término de 30 días se descuentan los días inhábiles, por tratarse de un plazo en días y no en meses o años (artículos 67 y 70 del C.C. y 118 del C.G.P.).

INAPLICABILIDAD DE LA CONCILIACIÓN PREJUDICIAL PREVIA

El medio de control de nulidad electoral no es de aquellos que requieran agotar la conciliación prejudicial administrativa como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (artículos 37 de la Ley 640 de 2001, 161 del C.P.A.C.A. y 2.2.4.3.1.1.2 del Decreto 1069 de 2015).

COMPETENCIA

Es competencia de este Tribunal, en única instancia, por la naturaleza del asunto y por el factor territorial (Tribunal del lugar donde el nombrado preste o deba prestar los servicios), en los términos del artículo 151, numeral 13, del C.P.A.C.A., según interpretación fijada en auto dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 10 de octubre de 2016 en el expediente 11001-03-28-000-2016-00069-00 (prueba aportada #21).

PRUEBAS QUE SE APORTAN

1. Certificado de existencia y representación legal del Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR.
2. Copia del Decreto de nombramiento en provisionalidad N° 963 del 1 de octubre de 2020 del Procurador General de la Nación (**artículo 50 -acto acusado**).
3. Copia de la Sentencia C-101 de 2013 de la Corte Constitucional.
4. Copia del Auto 255 de 2013 de la Corte Constitucional.
5. Copia de la sentencia T-147 de 2013 de la Corte Constitucional.
6. Copia de la Resolución 040 de 2015 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se convocó a concurso.
7. Copia de la Resolución 357 de 2016 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se adoptó una lista de elegibles.
8. Copia de la Resolución 358 de 2016 del Procurador General de la Nación, por medio de la cual se aclaró la resolución anterior.
9. Copia del Decreto 3283 del 8 de agosto de 2016, doctor JUAN NICOLAS VALENCIA.
10. Copia del acta de constitución del Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR.
11. Copia de las peticiones elevadas por el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, al Procurador General de la Nación, solicitando el respeto y aplicación del derecho preferencial al encargo.
12. Certificación fecha de publicación Decretos de octubre de 2020.
13. Copia de los conceptos emitidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil en respuesta a las consultas radicadas bajo los números 22821 de 2008, 54342 de 2012, 56283 de 2012 y 2013-05-28 de 2013.
14. Copia de la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 5 de marzo de 2009 en el expediente 11001-03-28-000-2008-00010-00
15. Sentencia dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 11 de noviembre de 2018 en el expediente 25-000-23-41-000-2018-00096-00.
16. Sentencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el pasado 12 y 13 de diciembre de 2019, expedientes N° 2019-194 y 2018-790, respectivamente.

17. Sentencia dictada por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 24 de julio de 2020, expediente N°250002341000 2019 00373 00.
18. Sentencias dictadas por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia el 6 de octubre de 2020 en el expediente N° 05001 23 33 000 2020 00574 00.
19. Sentencia dictas proferida por la Subsección B Sección Segunda, Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Magistrado Ponente, César Palomino Cortés, el pasado 29 de mayo de 2020
20. Boletín 504 del 5 de julio de 2019.
21. Auto dictado por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 10 de octubre de 2016 en el expediente 11001-03-28-000-2016-00069-00.

PRUEBAS QUE ESTÁN A CARGO DE LA ENTIDAD DEMANDADA

Al momento de decretar las pruebas en la audiencia inicial, ruego tener en consideración la carga procesal que el parágrafo primero del artículo 175 del C.P.A.C.A. impone a la entidad pública demandada, así:

“Parágrafo 1°. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.

(...)

La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto.”

Por tanto, de no aportarse con la contestación el expediente administrativo que contiene la actuación administrativa que culminó con la expedición del acto acusado, esto es, **todo lo relacionado con la vacante que dio lugar al nombramiento demandado y los análisis efectuados para suplirla**, comedidamente solicito que en la audiencia inicial se ordene compulsar copias para la investigación disciplinaria del caso y llegado el momento de dictar sentencia dar aplicación al artículo 241 del C.G.P.

ANEXOS

En cumplimiento del Decreto Legislativo 806 de 2020, al momento de presentar la demanda y dado el peso del conjunto de los archivos digitales conformados, junto con el archivo contentivo de la demanda se agrega un enlace para descarga desde la nube de lo siguiente:

1. Poder para actuar (un archivo).
2. Lo descrito en el capítulo de pruebas.

DETERMINACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1. Demandante: Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR, representado por su Presidente.
2. Entidad demandada: Procuraduría General de la Nación, representada legalmente por el Procurador General de la Nación.
3. Nombrado demandado: Doctor ELIAS HOYOS SALAZAR
4. Sujetos procesales especiales: Agente del Ministerio Público y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

TRASLADO SIMULTÁNEO A LOS DEMANDADOS

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto Legislativo 806 de 2020 y comoquiera que esta demanda contiene solicitud expresa de medida cautelar me abstengo de cumplir la carga procesal de poner en conocimiento de los demandados copia de esta demanda y de sus anexos.

NOTIFICACIONES

1. La entidad demandada recibe notificaciones judiciales en la carrera 5 # 15-80 de Bogotá D.C. y en la dirección de correo electrónico:

procesosjudiciales@procuraduria.gov.co

El nombrado demandado recibe notificaciones judiciales en el correo electrónico: ehoyos@procuraduria.gov.co

2. El Sindicato demandante en los correos electrónicos:

sindicatodeprocuradores@gmail.com
procurar@procuraduria.gov.co

Atentamente,


CINDY KARINA MARQUINES QUINONES

C.C. 1.019.085.315
T.P. 303.762 del C. S. de la J.