



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SECCIÓN PRIMERA  
SUBSECCIÓN B**

**SENTENCIA N° 2020-07-084 E**

Bogotá D.C., Veinticuatro (24) de julio dos mil veinte (2020)

**EXP. RADICACIÓN:** 250002341000 2019 00373 00  
**MEDIO DE CONTROL:** NULIDAD ELECTORAL  
**DEMANDANTE:** SINDICATO DE PROCURADORES  
JUDICIALES - PROCURAR  
**DEMANDADO:** LUZ MYRIAM CASTAÑO MARULANDA -  
PROCURADURÍA GENERAL DE LA  
NACIÓN  
**TEMAS:** NOMBRAMIENTO PROCURADORA 26  
JUDICIAL II PARA EL TRABAJO Y LA  
SEGURIDAD SOCIAL DE BOGOTÁ  
**ASUNTO:** SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA

**MAGISTRADO PONENTE:** MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN

Procede la Sala a pronunciarse de fondo en torno a la *litis* iniciada por el Sindicato de Procuradores Judiciales - Procurar contra el acto de nombramiento de la Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC, no sin antes señalar que de conformidad con el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, no se observa causal alguna que afecte la validez del trámite surtido en esta instancia.

## **I ANTECEDENTES**

### **1.1. Resumen de la Demanda (Fls. 1 a 17 Cuaderno Principal)**

La apoderada del Sindicato de Procuradores Judiciales - Procurar, promovió **medio de control de nulidad electoral** teniendo como **pretensión** que se declare nulo el Decreto No. 594 del 22 de febrero de 2019, mediante el cual el Procurador General de la Nación nombró por seis meses en provisionalidad a Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC, considerando que se ha vulnerado el Régimen de Carrera Administrativa, por cuanto la lista de

elegibles de la convocatoria 005-2015 se encontraba vigente y por tanto debió acudir a estas para proveer el cargo demandando, tal y como lo dispuso la sentencia C - 101 de 2013, proferida por la Corte Constitucional, en la que se precisó que la entidad debía acudir a estas para proveer los cargos de carrera ofertados.

Los hechos que fundamentan el libelo de la demanda, se resumen en lo siguiente:

1. Mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “*Procurador Judicial*” contenida en el numeral 2º del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, y como consecuencia de ello, 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.
2. 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. 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*”.
4. 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.
5. 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 las Resoluciones N° 345 del 8 de julio de 2016 publicada ese mismo día y la Resolución 357 del 11 de julio de 2016, el Procurador General de la Nación expidió las listas de elegibles correspondiente a la convocatoria número 006-2015 esto es, las realizadas para proveer en propiedad 94 cargos ofertados de Procurador Judicial II para la Conciliación Administrativa conformadas por 239 personas. Se trata de listas que estarían vigentes por 2 años, hasta el próximo 8 y 11 de julio de 2018 respectivamente, en cumplimiento de la regla de vigencia señalada en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 de apenas dos años.

6. La vigencia de las listas de elegibles para el cargo de Procurador Judicial II para asuntos del trabajo y la seguridad social, estuvo en principio por dos años, esto es, hasta el 8 de julio de 2018, en cumplimiento de la regla de vigencia señalada en el artículo 216 del Decreto 262 de 2000.
7. El 8 de agosto de 2016 se produjeron los primeros nombramientos en periodo de prueba en los cargos ofertados de Procurador Judicial II para la Conciliación Administrativa, publicados el 22 de septiembre de 2016 en la página oficial de la entidad.
8. Mediante el Decreto 6352 de 2017, la Procuraduría General de la Nación dio por terminada la vinculación de la señora Castaño Marulanda como Procuradora Judicial 28 de Asuntos Laborales, con ocasión de una ordenada por el Tribunal Administrativo del Valle, a partir de la posesión de la señora Aurora Martínez.
9. A través del Decreto 252 de 2018 la entidad demandada nombró nuevamente a la señora Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 13 Judicial de restitución de Tierras de Santa Marta.
10. Posteriormente, se nombra a la señora Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora Delegada para la defensa de los derechos de la infancia, adolescencia y la familia a través del Decreto 1274 de 2018.
11. A través de Decreto 4469 de 2018, se nombra nuevamente a la señora Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 51 Judicial II para la conciliación administrativa con funciones para la salud, la protección y el trabajo decente.
12. El 5 de mayo de 2017 se constituyó el Sindicato de Procuradores Judiciales, PROCURAR.
13. En reiteradas oportunidades el Sindicato PROCURAR le ha solicitado a la entidad que los empleos vacantes o definitivos sean provistos con estricta sujeción constitucional del mérito, proponiendo la figura de encargo.
14. Mediante Decreto No. 594 del 22 de febrero de 2019, el Procurador General nombró por seis meses en provisionalidad a Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC.
15. Luz Myriam Castaño Marulanda no es titular de derechos de carrera administrativa, y tampoco hace parte de las catorce listas de elegibles que resultaron del concurso convocado mediante la Resolución 040 del 20 de enero de 2015, y además existen varias personas con mejor derecho a ser nombradas.
16. El Decreto 549 del 22 de febrero de 2019 fue publicado en la página web de la Procuraduría General de la Nación el 15 de marzo de 2019.

Como **cargo único de nulidad** invocado presentó la *infracción de las normas en que debía fundarse* y expuso como **concepto de la violación** que al expedirse el acto demandado se está vulnerando el principio constitucional del mérito como criterio determinante para el ingreso, permanencia y ascenso a los cargos públicos de carrera. Además indicó que existía una falta

de motivación, esto es una expedición irregular del acto.

Lo anterior, por cuanto se vulnera el artículo 125 constitucional, artículo 24 de la Ley 909 de 2004, artículos 216, 82, 183 y 185 del Decreto Ley No. 262 de 2000, toda vez que, el encargo está previsto como mecanismo preferente - por sobre el nombramiento provisional - para la provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa, y en esa medida se le impone al nominador que agote esa figura, antes que el nombramiento provisional, tal y como lo ha precisado la Comisión Nacional del Servicio Civil al analizar el régimen de carrera y la figura del encargo.

Refiere que el Decreto Ley 262 de 2000 dispone que las listas de elegibles debe ser agotadas para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales y tratándose de vacantes transitorias debe entenderse que el nombramiento del elegible tendrá que ser en provisionalidad, según lo dispone el artículo 82, literal c).

En caso de vacancia definitiva el artículo 185 ibídem impone que debe acudir a encargo de empleados de carrera o en provisionalidad si se cumplen los requisitos exigidos.

Refiere que en virtud de la jurisprudencia de la Corte Constitucional es deber inexcusable de la Administración motivar los actos administrativos mediante los cuales se disponen nombramientos en provisionalidad o encargo para ocupar cargos de carrera administrativa, lo cual fue desconocido por la entidad demandada.

Señala puntualmente que las omisiones en las que incurrió la entidad fueron las siguientes:

- **Primera omisión:** *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 a efectuar un nombramiento provisional. Es decir, no solamente no explicó las razones para no preferir un nombramiento en período de prueba o un nombramiento en encargo, sino para acudir a un nombramiento provisional que recayó en alguien cuyo derecho a ocupar el cargo no provino del sistema de méritos, puesto que se trataba de una persona que (i) ni integra alguna de las listas de elegibles, (ii) ni es titular de derechos de carrera administrativa.*
- **Segunda omisión:** *Omitió acudir a la figura del encargo que, según el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, constituye una posibilidad de provisión por el sistema del mérito en caso de vacancias definitivas. (...)*  
*Si bien se trata de casos referidos a la provisión de vacantes transitorias y no de una definitiva como es este caso, nos preguntamos: Si para proveer una vacante transitoria que se presente en un cargo de Procurador Judicial es obligatorio acudir al sistema de provisión por méritos, ¿qué razón justifica que*

*en caso de una vacante definitiva en ese mismo cargo sea discrecional del nominador acudir a dicho sistema, máxime cuando - como en este caso- existen aún listas de legibles y personas titulares de derechos de carrera administrativa susceptibles de ser encargadas? (...)*

- **Tercera omisión:** *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 135 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 ni es titular de derechos de carrera administrativa ni integra la lista de elegibles actualmente vigente para proveer el cargo.”*

Manifiesta que al realizarse el nombramiento se omitió motivar la decisión contenida en el acto acusado dado que contrario a lo exigido por la subregla jurisprudencial contenida en la sentencia C-753 de 2008 expedida por la Corte Constitucional no se expuso en el acto demandado las razones del servicio que obligaron a la Procuraduría General de la Nación no solamente a no proferir un nombramiento en encargo sino a acudir a un nombramiento provisional que recayó en alguien cuyo derecho a ocupar el cargo no provino por el sistema de méritos puesto que no integra ninguna de las listas de elegibles actualmente vigentes para proveer cargos iguales y de similares requisitos y porque no ostenta una garantía de estabilidad absoluta, la cual no fue verificada antes de la prórroga del nombramiento pues nada se dice al respecto en el acto acusado.

Igualmente reiteró que la entidad demandada omitió acudir a la figura privilegiada del encargo en caso de que la vacante que se suplió mediante el acto acusado haya sido transitoria, que según el artículo 25 de la Ley 909 de 2004 constituye mecanismo preferente de provisión transitoria de los empleos de carrera administrativa.

Al respecto, precisó concretamente:

*“Con ocasión de la sentencia C-101 de 2013 se produjo un cambio en la naturaleza jurídica de los cargos de procuradores judiciales, los cuales, de ser cargos de libre nombramiento y remoción como los contemplaba originalmente el Decreto ley 262 de 2000, pasaron a ser de carrera administrativa. Ello implica, por un lado, la erradicación de la discrecionalidad para proveer las vacantes (temporales o definitivas) que se lleguen a presentar, y por otro, la obligación de respetar el mérito para la provisión de esos empleos. (...)*

*Dentro de ese plexo normativo se encuentra el artículo 187 del Decreto 262 de 2000, según el cual la provisión de empleos de carrera por vacancia temporal “podrá” efectuarse “por encargo o en forma provisional”. Dicha expresión (podrá), a efectos de garantizar la vigencia y aplicación material del principio constitucional del mérito, apunta a señalar que el agotamiento de las posibilidades que da el encargo se trata realmente de un deber y no de una facultad, y solo en el caso y de manera subsidiaria en que no sea posible proveer*

*el cargo a través de dicho mecanismo resultará constitucionalmente admisible acudir a la figura de la provisionalidad para el nombramiento en caso de vacancias temporales o defectivas en los cargos de procuradores judiciales.*

*De manera que uno de los modos de provisión transitoria de empleos públicos de carrera previsto en el artículo 187 del Decreto 262 de 2000, es la figura del encargo en la cual, como es sabido, se le otorga un derecho preferente a los empleados inscritos en carrera administrativa es decir aquellos frente a los cuales ya se ha comprobado su idoneidad para el desempeño de la función pública, mientras se adelanta el concurso público de méritos. (...)*

*Esas características sucintamente expuestas hacen que la figura del encargo sea la figura adecuada, necesaria, eficaz y eficiente que desarrollar el principio constitucional del mérito y por lo tanto constituye un mecanismo preferente de provisión temporal de empleos de carrera, y a la par, un derecho respecto de los empleados públicos de carrera en la Procuraduría General de la Nación que hacen parte del sistema específico de carrera para dicha institución. Así incluso D lo reconoce el artículo 183 del Decreto 262 cuando refiere que “el ingreso, la permanencia y el ascenso en los empleos de carrera de la Procuraduría se hará exclusivamente con base en el mérito” (...).”*

Finalmente invoca una serie de pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con la figura de encargo y la provisionalidad para proveer los cargos vacantes de procuradores judiciales.

## **1.2. Contestación de la Demanda**

### **1.2.1. Procuraduría General de la Nación (Fls. 145 a 153 Cuaderno Principal)**

Por conducto de apoderado judicial, la Procuraduría General de la Nación contestó la demanda manifestando su **oposición a las pretensiones**, indicando en primer lugar que en virtud del sistema de carrera administrativa establecido en el Decreto Ley 262 de 2000 (artículo 82) se establecieron algunas clases de nombramiento, dentro de los cuales se encuentra el de provisionalidad, pero también se dispuso el encargo como una de las formas para efectuar movimientos de personal por parte del nominador dentro de la entidad.

Concretamente señaló:

*“En consecuencia, Decreto 564 del 22 de febrero de 2019 se ajustó a la norma especial que regía su expedición, la cual, se reitera, no exige para ocupar cargos temporalmente vacantes en la Procuraduría General de la Nación, condición alguna respecto de la persona sobre la cual recae el nombramiento provisional. Así las cosas, de actuar de la manera querida por la parte actora, no solamente se desconocería por parte del nominador la norma especial contenida en el Decreto 262 de 2000, sino que adicionalmente, al suspenderse los efectos del*

*mencionado Acto, se afecta la prestación normal del servicio, desconociéndose la continuidad referida en la Sentencia C – 077 de 2004.*

*Por otro lado, se precisa que no le asiste razón a la parte actora al señalar la **necesidad de motivar el nombramiento en provisionalidad**, pues este es un acto expedido por el nominador en ejercicio de su facultad discrecional, de ahí que se presume expedido en beneficio del buen servicio público, esto por su semejanza con los nombramientos de libre nombramiento y remoción, en los términos señalados por el Consejo de Estado (...)*

*En el presente asunto la parte actora no prueba siquiera de manera sumaria que el nombramiento de la señora Luz Myriam Castaño Marulanda se encuentre motivado en razones diferentes del servicio, pues en sus acusaciones omite poner de presente al Despacho que el mismo se efectuó bajo el supuesto de que la lista de elegibles de Procuradores Judiciales II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social ya había perdido vigencia, fue agotada al cien por ciento, y, además, la misma era insuficiente para proveer todos los empleos ofertados.*

*Por otro lado, son tres las personas que ostentan el empleo de Procurador Judicial I en la ciudad de Bogotá, quienes hubiesen podido ser nombradas en encargo, sin embargo tampoco se acreditó siquiera sumariamente que aquellos tienen un mejor perfil profesional, más experiencia o estudio que la señora Luz Myriam Castaño Marulanda. Si bien debe dársele cierta prelación al mérito, lo cierto es que sobre ello debe primar la buena prestación del servicio público, de ahí que nombrar en provisionalidad a una persona con más experiencia profesional que aquellos, no sea un desacierto, pues lo que debe primar es el adecuado ejercicio de la función Pública, en este caso la intervención judicial como garantes del interés general y los derechos de la comunidad.*

*Debe indicarse, tal y como lo manifestó el despacho al resolver la medida cautelar, que en el presente asunto no se evidencia la existencia de un irregularidad evidente o latente contra normas de orden legal o constitucional que permitan declarar la nulidad de la actuación adelantada por la Procuraduría General de la Nación, entidad que, ha procurado, garantizar la carrera administrativa, respetar el mérito y, especialmente, la buena marcha y prestación del servicio para la cual fue creada.*

*Se precisa, de cara al nombramiento de la señora Luz Myriam Castaño Marulanda mediante el Decreto 594 de 2019 que:*

- i) la lista de elegibles de la Convocatoria N° 005 de 2016, conformada por la Resolución N° 346 de 2016, para el momento del nombramiento en provisionalidad no se encontraba vigente;*
- ii) la lista de elegibles establecida mediante Resolución N° 346 de 2016, solo estaba integrada por once (11) aspirantes y los cargos que debían proveerse eran catorce (14); y,*
- iii) el Procurador General de la Nación ha procurado darle a los funcionarios la oportunidad de ser promovidos y garantizar así el mérito, tanto así que los señores Pedro Alirio Quintero Sandoval y Efraín Eduardo Aponte Giraldo, Procuradores 2° y 7° Judiciales I para Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social*

*de Bogotá, han sido nombrados en encargo hasta por seis meses en el empleo de Procurador 29 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social de Bogotá.*

*iv) La señora Luz Myriam Castaño Marulanda contaba con estudios especiales en el área del Derecho Laboral y la Seguridad Social, además de contar con un mayor número de años de experiencia en el área para la cual se nombró.”*

### 1.2.2. Luz Miryam Castaño Marulanda

El demandado no presentó contestación de la demanda, a pesar de realizarse la notificación por aviso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 277, numeral 1), literal b) de la Ley 1437 de 2011<sup>1</sup>, tal y como se certifica en la constancia secretarial del 10 de junio de 2019 (Fl. 172 C1).

### 1.3. Alegatos de conclusión de las partes y concepto del Ministerio Público

La **parte demandante** (Fls. 295 a 297 C2) presentó alegatos de conclusión reiterando sus argumentos expuestos en la demanda y precisando que *“Habiéndose demostrado cada uno de los supuestos fácticos en que descansan las dos censuras dirigidas contra el acto de nombramiento acusado, esto es, (i) que no ofreció explicación alguna sobre las razones del servicio que obligaron al Procurador General de la Nación no solamente a no preferir un nombramiento en encargo de alguno de los servidores de carrera que cumplen requisitos para ser encargado, sino que acudió al nombramiento en provisionalidad de una persona que no ingresó a la Entidad por concurso público de méritos, es claro que dicho nombramiento incurrió en los dos vicios de legalidad que le endilga la demanda y, como consecuencia de ello, debe ser declarado nulo por violación del principio del mérito y del régimen de carrera administrativa, por las distintas razones expuestas en la demanda.”*

La **entidad demandada - Procuraduría General de la Nación** presentó alegatos de conclusión (Fls. 290 a 292 C2), reiterando sus argumentos de oposición a la demanda y precisando que no se debe dar aplicación al régimen general previsto en la Ley 909 de 2004, sino exclusivamente a lo dispuesto en el Decreto Ley 262 de 2000.

La **demandada Luz Miryam Castaño Marulanda**, no presentó alegatos de conclusión de primera instancia, tal y como se certifica en la constancia secretarial del 15 de julio de 2020 (Fl. 294 C2)

Por su parte, el **Ministerio Público** no presentó concepto tal y como se informa en la constancia secretarial del 15 de julio de 2020, visible a folio 294 del Cuaderno Principal No. 1.

---

<sup>1</sup> Publicaciones realizadas en los periódicos El Nuevo Siglo y El Espectador allegadas mediante escrito del 13 de agosto de 2019, Folios 168 a 171 Cuaderno Principal N. 1

## II. TRÁMITE PROCESAL

Se infiere de las documentales obrantes en el cuaderno principal del expediente que se han cumplido las formas propias del juicio o proceso electoral dado que: la demanda fue radicada el 03 de mayo de 2019, y asignada mediante Acta de Reparto N°25000234100020190037300 de la misma fecha (Fl. 96), se presentó una declaración de impedimento del magistrado Fredy Ibarra Martínez (Fls. 99 y 100), el cual fue aceptado mediante providencia del 9 de mayo de 2019 (Fls. 102 a 106). La demanda fue admitida a través de Auto del 15 de mayo de 2019 debidamente notificado a las partes<sup>2</sup> a la Procuraduría General de la Nación y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Fls. 131 a 143); se surtieron oportunamente los traslados secretariales para contestación de demanda (Fl. 172); el 17 de septiembre de 2019 se emitió Auto señalando fecha y hora para la realización de la audiencia inicial (Fls. 173); el 1 de octubre de 2019 se llevó a cabo la diligencia de audiencia inicial, surtiéndose todas las fases del artículo 283 de la Ley 1437 de 2011 (Fls. 178 a 195); mediante Auto del 13 de febrero de 2019 se fijó fecha para la celebración de la audiencia de pruebas (Fl. 206); el día 4 de marzo de 2020 se llevó a cabo la audiencia de pruebas, dándose por clausurado el periodo probatorio y corriéndose traslado para alegar a las partes y para presentar concepto el Ministerio Público (Fls. 284 a 286); por último, el expediente ingresó para fallo, mediante constancia secretarial del 15 de julio de 2020 (Fl. 294).

## III. CONSIDERACIONES

### 3.1 Competencia.

Según lo dispone el numeral 12° del artículo 151 de la Ley 1437 de 2011, compete a los Tribunales Administrativos, en única instancia, conocer del proceso de “*nulidad contra el acto de elección de los empleados públicos del orden nacional de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial o el equivalente a cualquiera de estos niveles efectuado por las autoridades del orden nacional (...)”*”. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con ese precepto, el Tribunal es competente para conocer del presente medio de control, toda vez que con la demanda se pretende la nulidad de la elección del nombramiento de la señora Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC, por lo que dicho cargo es del nivel profesional<sup>3</sup> dentro de la entidad y su designación es efectuada por el Procurador General

<sup>2</sup> A la Procuraduría General de la Nación: envío electrónico folio 131. Al demandado Luz Myriam Castaño Marulanda por aviso folios 169 a 171

<sup>3</sup> Decreto Ley 264 de 2000 “*Por el cual se establecen el sistema de clasificación y nomenclatura, y la naturaleza de las funciones de los empleos de la Procuraduría General de la Nación incluidos los del Instituto de Estudios del Ministerio Público*”, artículo 7.

de la Nación como ente autónomo, razón por la cual esta Judicatura resulta ser competente para conocer en única instancia del asunto de la referencia.

### 3.2 Legitimación en la causa.

De conformidad con el artículo 159 de la Ley 1437 de 2011, en los procesos contencioso administrativos, podrán obrar como demandantes y demandados, los sujetos de derecho que respectivamente acrediten ostentar, legitimidad para accionar a través del medio de control que se ajusta a su *causa petendi*, y la legitimación para ser convocado en la causa por pasiva.

Así mismo, que la precitada norma en concordancia con el artículo 139 del mismo estatuto normativo, prevén que en el medio de control de nulidad electoral, la **legitimación en la causa por activa** no está reservada para una persona específica o de orden restrictivo, sino por el contrario establece que cualquier persona puede invocar este medio de control. En tanto, que la **legitimación en la causa por pasiva** el artículo 277 *ibidem*, impone que debe dirigirse la demanda en contra del elegido o nombrado, así como también recae sobre la autoridad que expidió el acto sometido a control jurisdiccional, que en este caso fue la Procuraduría General de la Nación.

Sobre la legitimación, cabe destacar que el Honorable Consejo de Estado ha indicado:

*“(...) de conformidad con la jurisprudencia de la Corporación existen dos clases de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.*

*En conclusión, la legitimación por pasiva de hecho, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituye un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no ya para la procedibilidad de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones”<sup>4</sup>.*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto de 30 de enero de 2013, C.P. Danilo Rojas Betancourth, radicado número 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

En el caso concreto se tiene que las partes se encuentran debidamente legitimadas en el proceso contencioso administrativo, tal y como a continuación se indicará.

### **3.2.1 Por activa:**

Teniendo en cuenta que la norma no condiciona la capacidad para demandar el cumplimiento de calidades personales de quien promueve la demanda de nulidad electoral y, por el contrario, prevé que cualquier persona natural o jurídica puede presentarla<sup>5</sup>, el Sindicato de Procuradores Judiciales - PROCURAR como demandante está legitimado por activa para incoar el medio de control y activar el proceso contencioso.

### **3.2.2 Por pasiva:**

El demandante promovió su demanda contra la funcionaria nombrada, Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC, de modo que está legitimada por pasiva para comparecer como demandada al proceso.

Adicionalmente, como quiera que la entidad que expidió el acto demandado es la Procuraduría General de la Nación y se encuentra vinculada al proceso tal y como lo dispone el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

En consecuencia, existe identidad en la relación sustancial fijada con el acto de nombramiento y la relación procesal (demandante/demandados) aquí establecida.

### **3.3 Planteamiento del problema jurídico principal y sus asociados.**

Para la Sala el **problema jurídico principal**, consiste en determinar si se debe decretar o no la nulidad del Decreto No. 594 del 22 de febrero de 2019, mediante el cual el Procurador General de la Nación nombró por seis meses en provisionalidad a Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC, por infracción de las normas en que debería fundarse al desconocer el Régimen de Carrera Administrativa y falta de motivación, esto es, expedición irregular del acto, o si por el contrario permanece incólume la presunción de legalidad del acto.

Así mismo, que para resolver el anterior problema jurídico deben abordarse los siguientes **problemas jurídicos asociados**:

---

<sup>5</sup> Jurisprudencialmente se ha considerado una legitimación universal a incoar el medio de control electoral, ver sentencia Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta, Consejero ponente Alberto Yepes Barreiro Bogotá, 31 de julio de 2014, radicación número: 11001-03-28-000-2014-00008-00.

1) ¿Si el nombramiento de la señora Luz Myriam Castaño Marulanda se realizó con desconocimiento del régimen de carrera administrativa?;

2) ¿Si se desconoció el principio de mérito en la provisión del nombramiento acusado?; y

3) ¿Si se expidió el acto demandado de forma irregular al no señalarse los motivos de su expedición?

Lo anterior realizando un análisis de la figura del encargo, como argumento expuesto en la demanda para fundamentar los cargos presentados, así como también las excepciones de fondo presentadas por la entidad demandada en su contestación.

### **3.4. Resolución del Problema Jurídico en el Caso Concreto: Exposición de razonamientos legales de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios y análisis crítico de las pruebas obrantes en el plenario.**

Para resolver la cuestión planteada la Sala abordará i) Principios y estructura del Régimen de Carrera Administrativa establecido en el Decreto Ley 262 de 2000 para el cargo de Procurador Judicial II; ii) la procedencia de las listas de elegibles y la figura de encargo para proveer vacancias temporales o definitivas en la planta de personal; y iii) el análisis del caso concreto.

#### **3.4.1. Principios y estructura del Régimen de Carrera Administrativa establecido en el Decreto Ley 262 de 2000 para los Procuradores Judiciales II**

La Constitución Política en su artículo 125 estableció que los empleos en los órganos y entidades del Estado deben regirse por las normas que regulan la carrera administrativa, a excepción de los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, precisando que su ingreso y ascenso se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley al respecto para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Con fundamento en tal disposición constitucional, el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió el numeral sexto del artículo 4º de la Ley 573 de 2000, expidió el Decreto Ley 262 de 2000 que modifica la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las

que se encuentren sujetos.

Adicionalmente, allí se clasifica los cargos dentro de la Procuraduría General de la Nación en: i) libre nombramiento y remoción; ii) carrera y; iii) De período fijo: Procurador General de la Nación.

Igualmente, precisa que 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 y que para alcanzar esos 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.

Por ello, establece los parámetros para atender cada una de las situaciones administrativas de sus funcionarios, dentro de las cuales se encuentra el servicio activo y la separación temporal del servicio, y desarrolla a su vez la forma de provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva, temporal, la procedencia del encargo y los nombramientos provisionales y su duración.

### **3.4.2. Procedencia de las listas de elegibles y la figura de encargo para proveer vacancias temporales o definitivas en la planta de personal**

Dentro de ese Régimen de Carrera y la provisión de cargos establecidos para la Procuraduría General de la Nación se encuentra que el artículo 125 constitucional dispone:

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

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

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

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

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

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

A su turno la Ley 209 de 1994 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, dispone en su artículo 25 que los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen su separación serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.

Al respecto el Decreto Ley 262 de 2000 *“Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos”* regula la procedencia del encargo, los nombramientos provisionales, la provisión de empleos vacantes y la aplicación de la lista de elegibles, entre otros aspectos, y concretamente en sus artículos 185, 186, 187 y 216 dispone:

***“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.*

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

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

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

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

**ARTÍCULO 216. Lista de elegibles.** Formarán parte de la lista de elegibles para el empleo correspondiente los concursantes que obtengan, un puntaje total igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso.

*La lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y deberá estar contenida en resolución proferida por el Procurador General.*

*La provisión de los empleos objeto de convocatoria será efectuada con quien ocupe el primer puesto en la lista y en estricto orden descendente.*

*La lista deberá fijarse en donde se publicaron los demás actos expedidos dentro del proceso de concurso.*

*Quienes obtengan puntajes totales iguales tendrán el mismo puesto en la lista de elegibles. Si esta situación se presenta en el primer lugar, el nombramiento recaerá en quien haya obtenido el puntaje superior en la prueba de conocimientos y si el empate persiste, en quien demuestre haber cumplido con el deber de votar en las elecciones públicas inmediatamente anteriores. Si no se puede dirimir el empate, el nominador escogerá discrecionalmente.*

*Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria u otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que hayan recaído dichos nombramientos, salvo que no hayan aceptado o no se hayan posesionado por razones ajenas a su voluntad. El nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o en empleos de inferior jerarquía. En este último caso, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles."*

Concretamente para el nombramiento provisional el inciso segundo del literal

c) del artículo 82 del Decreto Ley 262 del año 2000 determinó que, 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.

Según el artículo 183 del mismo Decreto, la carrera de la Procuraduría General de la Nación es un sistema técnico de administración de personal, que regula *“el ingreso, ascenso, la permanencia y el retiro de los funcionarios pertenecientes a dicha carrera, teniendo en cuenta el mérito”*, así como también establece la forma en que los funcionarios pertenecientes a la carrera acceden a los cargos.

Conforme lo anterior, se observa que la Procuraduría General de la Nación puede realizar un 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).

En esa medida, bajo la aplicación del Artículo 216 precitado, se estableció una condición para proveer vacantes en el mismo empleo dentro de la entidad siempre y cuando esté vigente la lista de elegibles, esto es que, el Procurador General de la Nación **deberá** utilizar dicha lista en estricto orden descendente.

De este modo, si bien existe la excepción a la regla de carrera que sería la provisionalidad, se analiza que el cargo cubierto a través de nombramiento provisional debía en un principio ser asignado a un funcionario inscrito en la carrera de la Procuraduría General de la Nación, lógicamente cumpliendo los requisitos idóneos y particulares para el cargo, y una vez agotada esta opción,

se podrá acudir a nombramientos provisionales de personas externas a la carrera.

No obstante lo anterior, se pone de presente que la Corte Constitucional en sentencia T-147 de 2013, al analizar el tema de los nombramientos en provisionalidad en cargos de carrera en la Procuraduría General de la Nación, manifestó lo siguiente:

*“En cuanto a la designación de funcionarios en calidad de encargados y en provisionalidad, el régimen de la Procuraduría General de la Nación difiere de los demás regímenes establecidos para las diversas entidades del poder público en Colombia, diferencia que obedece a criterios de razonabilidad como lo son la independencia y autonomía que caracteriza a la entidad, y la especialidad que le reconoce el régimen de carrera administrativa general contenido en los artículos 113, 118, 125, 279 de la Constitución Política en armonía con los artículos 3° numeral 2 y 7° de la Ley 909 de 2004, y los artículos 158 numeral 6° y 188 del Decreto-Ley 262 de 2000.”<sup>6</sup>*

La misma Corporación respecto al nombramiento de personas en vacantes temporales en entidades públicas, estableció:

*“La interpretación en virtud de la cual no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, la cual es constitucional, pues permite delimitar la actuación de la administración pública. Esta interpretación exige el cumplimiento de los siguientes parámetros: (i) Para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004. (ii) En caso de 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. (iii) Se deberá garantizar la libre concurrencia en el proceso a través de la publicación de una convocatoria para la provisión del empleo temporal en la página web de la entidad con suficiente anticipación. (iv) El procedimiento de selección para los empleos temporales deberá tener en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar”<sup>7</sup>. (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T - 147 del 18 de marzo de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-288 del 20 de mayo de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Ahora bien, teniendo en cuenta el marco jurídico y jurisprudencial antes transcrito, la finalidad que se le ha atribuido a los nombramientos en provisionalidad, como facultad de la Procuraduría General de la Nación, en principio, se encuentra determinada por la urgencia en la prestación del servicio, lo que constituiría una situación especial que permite el nombramiento transitorio de cualquier persona, siempre que ésta reúna los requisitos legales exigidos para el desempeño del empleo por proveer (artículo 185 *ibídem*); sin embargo, no se puede obviar la condición de que, el Procurador en este caso, deberá utilizar la lista de elegibles (vigente) en estricto orden descendente - Resolución 357 de 11 de julio de 2016 (artículo 216 *ibídem*).

En consecuencia, la Sala analizará si con la expedición del Decreto 594 del 22 de febrero de 2019, la Procuraduría General de la Nación desconoció las normas establecidas para el caso de nombramiento en provisionalidad a una persona que no pertenece a la carrera administrativa de la entidad, analizando en todo caso si existían listas de elegibles vigentes o no para el cargo de Procurador Judicial II para el trabajo y la seguridad social de Bogotá, código 3PJ, grado EC, y en caso negativo, si debió acudir a los funcionarios de carrera administrativa de la propia institución para dicha designación o a la figura de nombramiento provisional.

### 3.4.3. Análisis del caso concreto

Previamente se precisó que el Decreto Ley 262 de 2000 estableció claramente en el artículo 187 que los empleos de carrera cuyos titulares se encuentren en situaciones administrativas que impliquen separación temporal de los mismos podrán ser provistos por las listas de elegibles consolidadas y vigentes, por encargo o en forma provisional por el tiempo que duren aquellas situaciones, lo que ocurrió en este caso.

Sin embargo, como se ha manifestado anteriormente, el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 (norma aplicable al caso) estableció como condición especial para cuando se presentan vacantes que, *el nominador deberá utilizar las listas en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten en el mismo empleo o en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos (...)*, cuestión que no ocurrió en este caso, toda vez que, el Procurador General de la Nación nombró en provisionalidad para el cargo materia de discusión a una persona externa de la entidad, la cual no hace parte de la lista de elegibles para dicho cargo.

Ahora, para efectos de analizar la situación fáctica del *sub lite*, se relacionan a continuación los medios de prueba obrantes en el proceso:

1. Decreto 594 del 22 de febrero de 2019, mediante el cual el Procurador General de la Nación nombra en provisionalidad por seis meses a Luz

Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC (Fl. 19 C1)

2. Copia Acta de posesión No. 215 del 8 de marzo de 2019 (Fl. 265 C2)
3. Copia Resolución 040 de 2015, por medio de la cual se convocó a concurso para proveer los cargos de carrera de procuradores judiciales (Fls. 20 a 28 C1)
4. Copia Resolución 346 de 2016 por medio de la cual se adoptó la lista de elegibles (Fls. 29 y 30 C1)
5. Hoja de vida de Luz Myriam Castaño Marulanda (Fls. 213 a 266 C2)
6. Respuesta al requerimiento probatorio decretado en audiencia inicial de fecha 18 de febrero de 2020, mediante el cual la Procuraduría informa que sí existían funcionarios en la entidad que para el 22 de febrero de 2019 reunían los requisitos para ser designados en encargo y ocupar un cargo de Procurador Judicial II, así como también indica los requisitos necesarios para el cargo demandado (Fls. 267 a 268 C2)

#### 3.4.3.1. Análisis del cargo de nulidad

Aunque el demandante invoca como **cargo único** *el desconocimiento de las normas en que debía fundarse*, sin embargo, dentro de dicho cargo plantea varios argumentos los cuales se desarrollaran a continuación de forma independiente.

En primer lugar, considera el demandante que se presenta una violación al artículo 125 constitucional, artículo 25 de la Ley 909 de 2004, artículos 216, 82 y 185 del Decreto Ley No. 262 de 2000, toda vez que se encuentra acreditado que el proceso de nombramiento en provisionalidad de la señora Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC, es ilegal porque para la fecha en que fue expedido el acto acusado, al no existir lista de elegibles vigente, debió acudir a la figura de encargo y proceder a nombrar a un funcionario de la entidad, perteneciente a la carrera administrativa y que cumpliera con los requisitos exigidos, y de no ser posible acudir en última instancia al nombramiento en provisionalidad.

Por tanto, refiere que se desconoce el principio del mérito pues se designó a quien no hace parte de la carrera administrativa, transgrediendo así el ordenamiento jurídico y el Régimen de Carrera Administrativa establecido en el Decreto Ley 262 de 2000, ya que debía designarse esa vacante a uno de los funcionarios que figuran en la lista de elegibles, quienes reúnen los requisitos para acceder al cargo de Procurador Judicial II para Asuntos de Conciliación Administrativa.

Al respecto, es cierto que en virtud de la sentencia proferida por la Corte Constitucional C - 101 de 2013, que declaró la inexecutable del término "*Procurador Judicial*" del numeral 2 del artículo 182 del Decreto Ley 262 de

2000, debe considerarse dicho cargo como de carrera y no de provisionalidad.

Dicho cargo se encuentra regulado como se indicó *ut supra* en los artículos 186 y 187 del Decreto Ley 262 de 2000, en los que se dispone sobre la procedencia del nombramiento en provisionalidad, estableciendo claramente que es cuando se trate de proveer transitoriamente un empleo de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito y a su vez que la provisión de los empleos por vacancia temporal, en los que sus empleados de carrera 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, así:

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

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

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

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

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, sin embargo, no opera a potestad del nominador, como quiera que el principio de mérito establecido en el artículo 125 constitucional y 216 del Decreto Ley 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.

Además, 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.

Así mismo, dispone el artículo 82 que, entre las clases de nombramientos que pueden hacerse para el ingreso al servicio de la Procuraduría General de la Nación, que el nombramiento provisional fue previsto para proveer vacantes definitivas de cargos de carrera, mientras se realiza el respectivo concurso, y por otro, el nombramiento provisional para vacantes temporales de cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción, mientras dure la situación administrativa en particular, pero sin dejar de lado lo dispuesto por los artículos 186 y 187 que precisan que el encargo también debe ser previsto para atender las vacancias temporales.

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: 1°) acudir a la lista de elegibles vigente existente; 2°) encargar a un empleado de carrera y finalmente, 3°) 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.

Para el primer presupuesto, debe tenerse en cuenta que el 8 de julio de 2016 fueron publicadas las listas de elegibles de las Convocatorias 001, 002, 003, 005, 006, 007, 008, 009, 010, 011, 012, 013, 014 (mediante las Resoluciones 337 a 349) y el 11 de julio de 2016 se publicó la lista de elegibles de la Convocatoria 004 (mediante Resolución 357); actos administrativos que tienen en común, el artículo tercero resolutivo:

**“ARTICULO TERCERO: VIGENCIA. La presente lista de elegibles tiene vigencia de dos (2) años, contados a partir de la fecha de su publicación y será utilizada de conformidad con lo previsto en el**

**artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, en consonancia con el artículo vigésimo de la Resolución 040 de 2015”.**

De estas listas se efectuaron unas correcciones y aclaraciones a las precitadas listas de elegibles, mediante las Resoluciones N°358 del 12 de julio de 2016, 410 del 31 de agosto de 2016, 428 del 6 de septiembre de 2016, 453 del 3 de octubre de 2016, 711 del 31 de octubre de 2016, 726 del 11 de noviembre de 2016 y 0043 del 21 de febrero de 2017, sin que en estos actos administrativos se efectuara modificación expresa al artículo tercero de las Resoluciones 337 a 349 del 8 de julio de 2016, esto es, sobre la vigencia de las listas de elegibles.

Conforme lo anterior, es evidente que por disposición normativa un empleo puede encontrarse vacante de forma temporal o definitiva y debe ser provisto igualmente de manera transitoria mediante un encargo o nombramiento provisional, teniendo en cuenta que la vacante no está asignada indefinidamente sino de forma temporal porque su finalidad es ser provista de manera definitiva en cumplimiento del artículo 125 constitucional.

Por lo tanto, es claro que la Procuraduría General de la Nación cuenta con una habilitación legal para proveer los cargos vacantes de carrera de forma transitoria con personal no seleccionado mediante un sistema de mérito, sin embargo, al existir una lista de elegibles vigente al momento de configurarse la vacante, debe acudir a ella para designar a una persona que se encuentre en ella, tal y como lo dispone el inciso 6 del artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000.

Ahora bien, en el presente caso las listas de elegibles reseñadas tuvieron una vigencia de dos años a partir de la fecha de su publicación, tal y como lo señala el artículo 3 de la Resolución No. 357 de 2016, y de conformidad con las diferentes posturas que se han adoptado en el tema para determinar su vigencia, esto es, bien sea porque se tome como punto de partida de la contabilización de los dos años de que trata el inciso 2 del artículo 20 de la Resolución N°040 de 2015<sup>8</sup> (regla temporal del concurso), la fecha de publicación de las Resoluciones 337 a 349 y 357 (**8 de julio y 11 de julio de 2016**), o que se tomen las fechas de publicación de las Resoluciones 358, 410, 428, 453, 711, 726, 0043 (12 de julio, 31 de agosto, 6 de septiembre, 3 y 31 de octubre y 11 de noviembre de 2016, y 21 de febrero de 2017), toda vez que aún en este segundo evento, como mínimo, las listas de elegibles de las Convocatorias 001 a 003, 005, 007 a 009 y 011 a 014 -que tuvieron como única corrección la de la Resolución 358 del **12 de julio de 2016**- estarían llamadas a fenecer dos años después. Es decir, que en cualquiera de las

---

<sup>8</sup> “Las listas de elegibles tendrán vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación y será utilizada de conformidad con lo previsto en el 216 del Decreto Ley 262 de 2000”.

interpretaciones que se vienen suscitando en torno a la vigencia de las listas de elegibles del concurso para el ingreso de personal en cargos de Procuradores Judiciales I y II, el término en que se encuentran llamadas a fenecer la mayoría de las listas (al menos 11 de las 14 existentes) oscilaban entre el **8 y el 12 de julio de 2018**.

Conforme lo anterior, los integrantes de las listas de elegibles tienen una expectativa legítima de ser nombrados y acceder a la función pública conforme las reglas del sistema de carrera administrativa, en virtud del mérito como garantía de su prestación eficiente, y conforme a las prescripciones del artículo 209 Constitucional la función administrativa debe estar al servicio de los intereses generales, y desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Ahora, en el marco del proceso de Acción Popular 2018-666<sup>9</sup> se profirió el Auto No. 2018-07-0419 del 6 de julio de 2018, que suspendió la vigencia de la lista de elegibles constituida mediante la Resolución 040 de 2015 sin embargo, esa medida fue levantada mediante Auto No. 2018-09-0585 del 18 de septiembre de 2018, decisión que se encuentra en firme, como quiera que a través de providencia del 11 de marzo de 2019 se rechazó un recurso de reposición interpuesto, se rechazaron otras solicitudes y se reconocieron unas cadyuvancias, contra la cual no procede recurso alguno.

De este modo, no existía lista de elegibles vigente al momento de realizarse el nombramiento demandado (22 de febrero de 2019), por lo que el primer presupuesto para descartar la provisionalidad, esto es que existieran funcionarios de carrera administrativa que se encontraban en la lista de elegibles y pudieran ser nombrados de forma descendente, no se consolida.

Como segundo supuesto se encuentra el encargo de funcionarios de carrera administrativa que cumplan los requisitos reseñados previamente para ocupar el cargo, frente a lo cual debe tenerse en cuenta que el principio constitucional de 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 este modo, los principios que orientan la función pública en virtud de la

---

<sup>9</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. MP. Moisés Rodrigo Mazabel. Demandante: Esteban Garcés Naranjo. Demandado: Procuraduría General de la Nación

Ley 909 de 2004 se desarrollan así:

**“Artículo 2. Principios de la Función Pública:**

1. *La función pública se desarrolla teniendo en cuenta los principios constitucionales de igualdad, mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.*
2. *El criterio de mérito, de las calidades personales y de la capacidad profesional, son los elementos sustantivos de los procesos de selección del personal que integra la función pública. Tales criterios se podrán ajustar a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción, de acuerdo con lo previsto en la presente ley.*
3. *Esta ley se orienta al logro de la satisfacción de los intereses generales y de la efectiva prestación del servicio, de lo que derivan tres criterios básicos:*
  - a) *La profesionalización de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública que busca la consolidación del principio de mérito y la calidad en la prestación del servicio público a los ciudadanos;*
  - b) *La flexibilidad en la organización y gestión de la función pública para adecuarse a las necesidades cambiantes de la sociedad, flexibilidad que ha de entenderse sin detrimento de la estabilidad de que trata el artículo 27 de la presente ley;*
  - c) *La responsabilidad de los servidores públicos por el trabajo desarrollado, que se concretará a través de los instrumentos de evaluación del desempeño y de los acuerdos de gestión;*
  - d) *Capacitación para aumentar los niveles de eficacia”.* (Negrilla fuera del texto)

Es así que, los empleos de carrera vacantes temporalmente deberán ser provistos de forma provisional, por el tiempo que dure aquella situación administrativa, cuando no fuere posible hacer un encargo con los servidores de carrera tal y como lo disponen los artículos 24 y 25 *ibidem*, así:

“ARTÍCULO 24. ENCARGO<sup>10</sup>. 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. (...)

ARTÍCULO 25. 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 serán provistos en forma provisional solo por el tiempo que duren aquellas situaciones, cuando no fuere

---

<sup>10</sup> Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1960 de 2019, que vuelve a reiterar el carácter imperativo de acudir al mérito bien sea a través de las listas de elegibles vigentes o al encargo del personal de carrera que reúna las condiciones para el cargo, no sólo para la rama ejecutiva del poder público sino para todas las ramas del poder, órganos autónomos y órganos de control. No obstante esta ley se expidió el 27 de junio de 2019, es decir, luego de realizado el nombramiento que se discute en el presente caso.

posible proveerlos mediante encargo con servidores públicos de carrera.  
(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Adicionalmente, ha referido la Corte Constitucional frente a los sistemas especiales y específicos de carrera que deben estar guiados plenamente por los principios básicos que orientan la carrera administrativa que son ampliamente desarrollados por la ley general de la siguiente forma:

Sentencia C-563 de 2000:

*“No se trata entonces de exceptuar a esas entidades del régimen de carrera, sino de diseñar un sistema especial para cada una de ellas, dada su singularidad y especificidad; los regímenes especiales o “sistemas específicos” como los denominó en legislador en la norma impugnada, son carreras administrativas reguladas por normas propias, que atienden, de una parte la singularidad y especificidad de las funciones que a cada una de ellas corresponde y de otra los principios generales que orientan la carrera administrativa general contenidos en la ley general que rige la materia”.*

Sentencia C-1230 de 2005:

*“Amparada en los criterios que delimitan la competencia legislativa para crear los sistemas específicos de carrera, la jurisprudencia constitucional ha dejado en claro que dichos sistemas, aun cuando se caracterizan por contener regulaciones especiales para el desarrollo y aplicación del régimen de carrera en ciertos organismos públicos, no tienen identidad propia, es decir, no son considerados por ese sólo hecho como regímenes autónomos e independientes.*

*Al respecto, ha precisado la Corporación que los sistemas específicos son en realidad una derivación del régimen general de carrera en cuanto que, debiendo seguir sus principios y postulados básicos, sólo se apartan de éste en aquellos aspectos puntuales que pugnan o chocan con la especialidad funcional reconocida a ciertas entidades, justificándose en esos casos la expedición de una regulación complementaria más flexible, que permita armonizar y hacer compatible el sistema de carrera ordinario con las atribuciones que le hayan sido asignadas a tales entidades”.*

Sentencia C-753 de 2008:

*“Ahora bien, específicamente en lo tocante a las carreras especiales ha dicho la Corte que éstas carreras son especiales en cuanto responden a la naturaleza de las entidades a las cuales se aplica, contienen regulaciones específicas para el desarrollo de la carrera y se encuentran en disposiciones diferentes a las que regulan el régimen general de carrera. Ha establecido también la Corte que estos regímenes especiales deben responder a un criterio de “razón suficiente” y que su constitucionalidad se encuentra condicionada a que respeten los principios y valores constitucionales que informan la carrera de la función pública, cuyo centro normativo es el concepto de ‘mérito’.”*

Además se ha reconocido el derecho preferente de los funcionarios de carrera para proveer los cargos vacantes dentro de la entidad, lo cual ha sido objeto de pronunciamiento por parte el Consejo de Estado aplicando la norma general sobre la carrera administrativa, así:

*“De la lectura del artículo 24 de la Ley 909 de 2004 se concluye que para proveer empleos de carrera vacantes, los empleados de carrera de la entidad tendrán derecho preferencial a ser encargados si: i) acreditan las condiciones y los requisitos para su desempeño, ii) poseen las aptitudes y habilidades para su desempeño, iii) no han sido sancionados disciplinariamente en el último año y iv) su última evaluación del desempeño fue sobresaliente. (...”*<sup>11</sup>

*“Ahora bien, para decidir el fondo de la discusión debe advertirse que dentro de las formas de provisión de empleos públicos se encuentra el encargo, consistente en designar a un empleado de carrera administrativa en un cargo superior al que está inscrito en el escalafón, siempre que cumpla los requisitos, mientras es provisto con una persona que supere el concurso de méritos adelantado para ocupar dicha vacante de manera definitiva. Esta situación administrativa no podrá ser superior a seis (6) meses, tal como lo prevé el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.*

*Dicho lo anterior, el encargo es un derecho preferencial de los servidores de carrera administrativa a ser designados temporalmente en un cargo superior, motivo por el cual gozan de estabilidad laboral relativa, pues se termina «hasta que la administración pueda proveer de forma definitiva la vacancia de un empleo público»*<sup>12</sup>.

*No obstante, la sección segunda del Consejo de Estado<sup>13</sup> ha precisado que en los eventos en que se termine el encargo por aspectos diferentes al nombramiento de una persona que supere el procedimiento de selección, la entidad debe «expresar las razones del servicio que la llevaron a tomar esa determinación».*<sup>14</sup>

Inclusive ese derecho preferente ha sido adoptado por órganos de control, a manera de ejemplo, la Contraloría General de la República procede a realizar los nombramientos por encargo de los cargos vacantes en la entidad, invocando el Decreto Ley 268 de 2000<sup>15</sup>, y acudiendo en primera medida a su personal de carrera y no a los nombramientos provisionales de terceros.

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 5 de marzo de 2009. C.P. Susana Buitrago Valencia, Exp. 11001-03-28-000-2008-00010-00

<sup>12</sup> Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, sentencia de 11 de agosto de 2011, M. P. Gerardo Arenas Monsalve, expediente: 05001-23-31-000-2002-03329-01(0078-10).

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 11 de octubre de 2016, Exp. 11001-03-15-000-2016-01181-01(AC), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

<sup>15</sup> **“ARTICULO 13. PROVISION DE CARGOS DE CARRERA VACANTES EN FORMA DEFINITIVA. En caso de vacancia definitiva, si existiere lista de elegibles vigente, se procederá al nombramiento en período de prueba. Si no existiere, el empleo podrá proveerse mediante encargo o nombramiento provisional, previa convocatoria a concurso.**

*Mientras se surte el proceso de selección los empleados de carrera podrán ser encargados en tales empleos si acreditan los requisitos para su desempeño, en caso de que no sea posible realizar el encargo podrá hacerse nombramiento provisional.*

*El cargo del cual es titular el empleado encargado, podrá ser provisto en provisionalidad mientras dure el encargo del titular.*

*Los nombramientos tendrán carácter provisional cuando se trate de proveer transitoriamente empleos de carrera con personal no seleccionado mediante el sistema de mérito.*

Por lo que tratándose de regulación específica con mayor razón debe primar la pertenencia al Régimen de Carrera Administrativa, y darse prevalencia a quienes ya están consolidados allí y pueden ser encargados dentro de la misma institución, sin que ello implique desconocer los requisitos que en cada caso particular deban acreditarse para poder ser nombrados bajo la figura de encargo en las vacantes correspondientes.

Conforme lo anterior, y primando el mérito dentro de los Regímenes de Carrera Administrativa, es claro que el deber de las entidades antes de acudir a un nombramiento provisional de un tercero externo es proveer los cargos vacantes a través de la figura del encargo y en caso de que ninguno de los funcionarios de carrera cumpla con los requisitos referidos para el cargo, y referidos en el artículo 187 del Decreto Ley 262 de 2000, sí podrá acudir como última *ratio* al nombramiento provisional.

Ahora, en este punto es necesario precisar que la palabra *podrá* contenida en el artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, no puede ser concebida como una potestad a elección de la entidad demanda, pues debe observar en armonía los principios que rigen la carrera administrativa, en la que prevaleciendo el mérito, no puede dar lugar a asignar a preferencia, capricho o voluntad de la Procuraduría acudir o no a su lista de elegibles o a las funcionarios de carrera que cumplan los requisitos para suplir las vacantes que se le presenten. Es decir, en ningún caso puede confundirse la palabra *podrá* con arbitrariedad, sino con la posibilidad de nombrar provisionalmente cuando su personal de carrera cumpla con los requisitos o existan razones del servicio que lo amerite, como posibilidad residual o de ultima *ratio*.

De este modo, se observa que en el presente caso, se desconocieron los principios de la carrera administrativa y puntualmente el de mérito, pues debió proveer el cargo cuestionado i) acudiendo a la lista de elegibles que se encontraba vigente, de no ser así, ii) acudir a sus propios funcionarios para los cargos vacantes bajo la figura de encargo, y finalmente iii) proceder a realizar un nombramiento provisional, sin embargo, la entidad desconoció estos presupuestos, reconociendo incluso que había personal en carrera administrativa que podía ser nombrado el cargo de Procurador Judicial II para el trabajo y la seguridad social, tal y como se evidencia a folio 267 Anv, del Cuaderno Principal No. 2, en el que acepta que sí existía personal de carrera para la fecha del nombramiento cuestionado - 22 de febrero de 2019 - que cumplía con los requisitos para ser designado en el cargo de Procurador Judicial II<sup>16</sup>.

---

**PARAGRAFO.** *Salvo las excepciones previstas en este decreto, no podrá prorrogarse el término de duración de los encargos y de los nombramientos provisionales, ni proveerse nuevamente el empleo a través de estos mecanismos.*” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

<sup>16</sup> Por ejemplo con el personal que siendo Procurador Judicial I, reunía los requisitos para el cargo de Procurador Judicial II.

Como se indicó previamente, al ser el nombramiento provisional una excepción, la Procuraduría General de la Nación podría haber optado por nombrar a alguno de estos funcionarios de carrera que cumplieran con los requisitos exigidos, no obstante, su decisión fue la contraria y procedió a nombrar a un tercero mediante el Decreto 594 del 22 de febrero de 2019, haciendo uso del artículo 185 del Decreto Ley 262 de 2000, pero olvidando que tal facultad excepcional para nombrar terceros en los cargos vacantes de la entidad es de última *ratio*, por tanto y ante la evidencia de funcionarios disponibles (por cumplir los requisitos del cargo vacante y los exigidos en el artículo 185 *ibídem*) para ser nombrados en los cargos respectivos, sobre los cuales no hay lista de elegibles, la segunda opción era asignarlos para hacer efectivos también los derechos de carrera y la mejora en la prestación del servicio por el *saber hacer* del personal que labora en la Procuraduría General de la Nación y solo cuando estos grados anteriores son insuficientes para cubrir la plaza, emerge la *terza via*: acudir a terceros que no hacen parte de su planta, para proveer en provisionalidad. Sin embargo, el nominador del órgano de control luego de constatar que el primer supuesto no se reunía, paso al tercer escenario.

Bajo ese ejercicio potestativo de aplicación de la norma que le permite hacer nombramientos provisionales, se observa que la entidad ha desconocido incluso el reconocimiento de los funcionarios de carrera que encontrándose laborando y prestando sus servicios profesionales en la entidad no tienen la oportunidad de poder transitar de un cargo inferior, cumpliendo con los requisitos exigidos, a uno de mayor categoría inclusive, desmeritando y dejando sin oportunidad ni apreciación del desempeño a sus propios funcionarios, para en su lugar acudir a terceros externos.

En suma, se obtiene de lo acreditado en el proceso que: i) para el momento de la expedición del acto demandado no existían listas de elegibles vigentes; ii) sí existían funcionarios de carrera que cumplían con los requisitos para ser designados por encargo en el cargo vacante de Procurador Judicial II para la fecha del nombramiento cuestionado- 22 de febrero de 2019-; y iii) la Procuraduría General de la Nación, desconoció la figura del encargo, para en su lugar proceder a nombrar provisionalmente a la señora Luz Myriam Castaño Marulanda, desconociendo los principios de la carrera administrativa y su propia regulación especial contenida en el Decreto Ley 262 de 2000.

Finalmente, respecto al argumento del demandante consistente en que el acto administrativo demandado no fue motivado, es preciso señalar que aun cuando no fue formulado como un cargo autónomo, esto es, una expedición irregular por *falta de motivación*, considerada esta como la constitución de un acto en que la autoridad prescinde de hacer expresos los motivos de hecho y de derecho que la sustentan, considera la Sala que lo que se acreditó es que no hubo motivación, sino que fue un acto de mera potestad al indicar

que en el ejercicio de sus facultades constitucionales y ostentaba competencia para realizar los nombramientos provisionales.

Al respecto, se tiene que, la Corte Constitucional, estableció:

*“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”<sup>17</sup>. (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

Así las cosas, al establecerse el deber de motivación de los actos administrativos mediante los cuales se realizan los nombramientos en provisionalidad, se ajustan a derecho, toda vez que, de un lado debe justificarse las razones por las cuales se recurre a la excepción para proveer el cargo de carrera pública, y de otro lado, si bien la vinculación en provisionalidad es transitoria, 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, debiéndose motivar, por ejemplo, arguyendo que el cargo será proveído a esa persona, por razones del servicio (inciso segundo, artículo 185 D.L. 262 de 2000), cuestión que no ocurrió en este caso, ya que, solo se emitió el Decreto 594 del 22 de febrero de 2019, sin sustento jurídico ni fáctico alguno (Fl. 19 C1), y tampoco se acreditó o analizó allí que la señora Luz Myriam Castaño Marulanda cumpliera los requisitos legales para el desempeño del empleo a proveer.

Y se reitera que para el momento de la expedición del acto demandado, esto es, el 22 de febrero de 2019, existían funcionarios de carrera para ocupar provisionalmente la vacante de Procurador 26 Judicial II para el trabajo y la

---

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-753 del 30 de julio de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería, En el mismo sentido: Corte Constitucional. Sentencia C-733 de 2005: “De igual manera, en sede de tutela, la Corte ha amparado los derechos fundamentales de los funcionarios nombrados en provisionalidad, en el sentido de que el acto por medio del cual se desvincula a una persona de un cargo de carrera para el cual fue nombrado en provisionalidad debe ser motivado, por cuanto `pese al carácter eminentemente transitorio de este tipo de nombramientos, las personas que ocupan un cargo de carrera en provisionalidad gozan de cierta estabilidad laboral, pues su desvinculación no puede hacerse de manera discrecional como está permitido para los cargos de libre nombramiento y remoción´”

seguridad social (Fl. 267 Anv. CP) que al reunir los requisitos debían ser nombrados en encargo para realizar los mandatos del mérito, la promoción de la carrera administrativa y la interdicción de la arbitrariedad.

En consecuencia, al encontrarse acreditado el vicio de nulidad alegado en el cargo único invocado en la demanda, se accederá a la pretensión y se declarará la nulidad del Decreto No. Decreto No. 594 del 22 de febrero de 2019, mediante el cual el Procurador General de la Nación nombró por seis meses en provisionalidad a Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC.

Por otra parte, al tratarse de un medio de control de orden constitucional, en el que se ventila una controversia de interés público, no procede la condena en costas a la parte vencida.

Finalmente, precisar que de conformidad con los decretos legislativos 491 de 2020 (art.11,12) y 806 (art. 2) de 2020 así como lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11567 de 2020 (art.14-40) del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala deliberó y aprobó el proyecto por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN "B"**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### FALLA

**PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD** del Decreto 594 del 22 de febrero de 2019, mediante el cual el Procurador General de la Nación nombró por seis meses en provisionalidad a Luz Myriam Castaño Marulanda como Procuradora 26 Judicial II para el trabajo y la seguridad social, código 3PJ, grado EC, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta decisión a las partes y al Ministerio Público de conformidad con lo señalado en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**  
Magistrado

  
**OSCAR ARMANDO DIMATÉ CÁRDENAS**  
Magistrado