



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCION SEGUNDA
SUBSECCIÓN "F"**

Magistrada Ponente: Dra. Beatriz Helena Escobar Rojas

Bogotá D.C., siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020)

Ref.: Rad : N° 25000-23-25-000-2009-00435-01
Actor : Leonardo Martínez Bejarano
Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación
Acción : Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Procede la Sala a decidir en primera instancia la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho interpuesta por el señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO contra la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, previo el trámite del proceso ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo (C.C.A) en el proceso de la referencia, conforme lo siguiente:

I.- DEMANDA¹

1.1. PRETENSIONES

El señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO, por conducto de apoderada, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda contra la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN con el objeto que se declare la nulidad del Decreto 392 del 18 de marzo de 2009, por medio del cual su nombramiento en el cargo de Procurador 2º, Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, Grado EC fue declarado insubsistente.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, solicita que se ordene a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o uno de igual o mayor jerarquía, sin solución de

¹ Fls. 10 a 45 del cuaderno principal, adicionada a fls. 96 a 106. Téngase en cuenta que la demanda fue subsanada únicamente en el sentido de allegar el poder en debida forma.

continuidad. Así mismo, que se le paguen los sueldos, primas, vacaciones y demás haberes y emolumentos causados y dejados de percibir desde la fecha de retiro hasta el reintegro.

De igual modo, solicita que se condene a la entidad a pagarle el lucro cesante en la cantidad correspondiente a la petición anterior, esto es, en el valor de los intereses moratorios de las sumas ya actualizadas por la Procuraduría General de la Nación, desde el momento en que debieron cancelarse hasta cuando se haga el pago efectivo.

Por otra parte, en la adición de la demanda pidió que se condene a la entidad demandada a que pague al actor el tiempo que demora una persona con sus calidades en conseguir trabajo en su especialidad.

Finalmente pretende que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo y se condene a la entidad demandada en costas y gastos del proceso.

1.2. HECHOS

La Sala los resume en los siguientes términos²:

El Procurador General de la Nación nombró al accionante en propiedad a través del Decreto 600 del 25 de junio de 1998 en el cargo de Procurador 87 Judicial II Penal de Villavicencio, confirmado con la Resolución No. 3011 del 19 de agosto siguiente, y del cual tomó posesión el 9 de octubre de ese mismo año.

Posteriormente, el señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO fue trasladado a la ciudad de Bogotá en el cargo de Procurador Judicial II Penal Delegado ante la Sala Penal de los Tribunales de Bogotá y se desempeñó allí hasta el 20 de marzo de 2009.

² Ffs. 10 a 26 del cuaderno principal.

444

Durante el tiempo que laboró como Procurador Judicial II Penal cumplió cabalmente con sus funciones y nunca le hicieron un llamado de atención, por el contrario estuvo a cargo de asuntos de trascendencia nacional en los que incluso algunos funcionarios judiciales, por escrito, dieron fe del ímpetu en el desempeño de sus funciones, especialmente en el esclarecimiento de algunos hechos en los cuales se ha enlutado el país, tales como el del humorista JAIME GARZÓN FORERO y el del Policía ANDRÉS SOTO LONDOÑO, casos en los cuales evitó que fueran injustamente condenadas personas inocentes.

Participó también en otras investigaciones de connotación nacional, como el atentado a WILSON BORJA, la masacre de La Gabarra y la del Corregimiento del Chengue, Municipio de Ovejas, Sucre, así como casos contra guerrilleros y delincuencia común. Incluso fue quien solicitó resolución de acusación contra SIMÓN TRINIDAD por el caso de los homicidios de los excursionistas del parque arqueológico de Puracé.

Contó que a raíz de su trabajo en la Procuraduría General de la Nación él y su familia fueron víctimas de un ataque terrorista en su casa el 16 de febrero de 2005, en el que se utilizó una "revista bomba" para causarle daño. A pesar de ello, siguió ejerciendo su cargo asumiendo los peligros a los que estaba expuesto.

Señaló que sorpresivamente a través del Decreto 392 del 18 de marzo de 2009 el Procurador General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento sin que existiera siquiera un llamado de atención en su contra. A su juicio hubo una omisión por parte del nominador al ejercer el poder discrecional, comoquiera que no dejó anotaciones en su hoja de vida, lo que implicó que no se le brindó la oportunidad de defenderse de las causas que dieron origen al acto de declaratoria de insubsistencia de su nombramiento.

Para la parte actora, la entidad desconoció que la H. Corte Constitucional ha precisado la importancia de dejar anotaciones en la hoja de vida, de tal

suerte que quien resulte afectado con la decisión logre saber las causas del retiro y se garantice su derecho al debido proceso. Afirma que por el contrario en su hoja de vida figuran sus logros en el ejercicio de sus funciones como Procurador.

Asegura que con su retiro no se pretendió mejorar el servicio, sino que obedeció a una retaliación por haber triunfado en una demanda anterior en contra de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a través de la cual se le reconoció el porcentaje faltante de la bonificación por compensación. En su criterio esto se hizo evidente porque para la época del retiro, la demanda del accionante ya había sido decidida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y se encontraba en el trámite de ejecutoria.

Explicó que esa represalia contra el señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO obedeció a que este fue uno de los pocos funcionarios que no quiso someterse a los acuerdos establecidos en el Decreto 4040 de 2004, con el cual el Gobierno Nacional pretendió conciliar las pretensiones relacionadas con la bonificación por compensación de la que eran beneficiarios, entre otros, los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, pero que a juicio del actor eran ilegales, toda vez que los derechos salariales son irrenunciables y, por ende, tampoco conciliables.

Para el demandante el hecho de que la entidad haya entorpecido el trámite del pago de dicha sentencia judicial hace evidente, sin mayores elucubraciones, que hay conexidad entre el hecho de la declaratoria de insubsistencia de su cargo y la orden de cancelarle los valores adeudados por el porcentaje de la bonificación por compensación.

De igual modo, consideró que el retiro obedeció a una retaliación contra el demandante por haber cumplido cabalmente con las funciones que le fueron encomendadas en calidad de Agente del Ministerio Público. Mencionó dos asuntos en los que ejerció como tal, y en los cuales actuaron como Fiscales los doctores GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN y ANA MARÍA

GARZÓN, quienes asegura influyeron en la decisión de retirar al actor de su cargo, toda vez que ellos ejercían un "*dominio institucional*" en la Procuraduría General de la Nación, al ser los funcionarios de confianza del Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

Aclaró que el actor no tuvo ninguna relación con el Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO antes de su ingreso a la Procuraduría General de la Nación, en cambio sí conoció a los Drs. JAIMES DURÁN y GARZÓN BOTERO, con quienes hubo cierto tipo de malestar en algunos asuntos en los que ellos participaron en calidad de Fiscales (antes de su ingreso a la Procuraduría General de la Nación), y el actor como Ministerio Público. Aseguró que fue precisamente con la llegada de esos funcionarios a la entidad que devino su retiro.

Adujo que una vez retirado de su cargo el actor no tuvo ninguna entrada económica para atender sus gastos ni los de su familia, comoquiera que dependía solamente de su salario en la Procuraduría General de la Nación.

Argumentó que la prueba de que la finalidad del retiro no era mejorar el servicio es que la Procuraduría General de la Nación tuvo que nombrar a dos personas para asumir los asuntos que hasta ese momento gestionaba el señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO. Además, para el momento de su desvinculación no se tenía claro quién lo remplazaría en sus funciones.

Pese a que la Resolución de retiro se notificó el 20 de marzo de 2009, solo hasta el 13 de abril siguiente se nombró a la doctora ESPERANZA GARCÍA DE SARMIENTO en su remplazo, quien venía del Municipio de Leticia (Amazonas) y, por ende, no tenía ninguna clase de experiencia en intervención en Tribunales, como tampoco en la justicia especializada, de tal forma que pudiera ejercer las funciones que venía desempeñando el accionante.

Afirmó que en la Resolución No. 0092 del 13 de abril de 2009, a través de la cual se asignaron funciones a la empleada que lo sucedió, no se hizo ningún reparo frente a la labor realizada por el accionante, sino que únicamente

se señaló que era necesario asignar la carga laboral "*en aras de mantener el equilibrio y la equidad en la misma*".

Ahora, resaltó que el nombramiento del Dr. RUBÉN DARÍO ESCOBAR CARDONA como Procurador 2 Judicial II Penal, quien tiene vocación de administrador, tampoco se produjo de manera inmediata, ya que solo se posesionó el 4 de mayo de 2009 y, además, no le asignaron ninguna tarea seria institucional como se venía haciendo con el actor, sino que le asignaron funciones diferentes, como Coordinador de Procuradores Judiciales ante el Tribunal Militar, mientras que el conocimiento de las 16 agencias especiales que tenía a cargo el actor fueron asignadas a otra funcionaria, como se mencionó.

1.3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Constitución Política: Artículos 2º, 15, 21, 25, 29, 36 y 42.

Legales: Decreto 262 de 2000 (Artículos 42, 158-3, 165, 180 y 182-2).

Argumentó que el Procurador General de la Nación al expedir el acto administrativo demandado incurrió en **falsa motivación y desviación de poder** al afirmar que esa decisión estaba fundada "*en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales*", cuando en realidad tenía intereses muy diferentes a mejorar la prestación del servicio público. Además, asegura que con su hoja de vida se demuestra el excelente servicio que prestaba en la Procuraduría General de la Nación, dada su trayectoria y los resultados en los casos que fueron puestos a su cargo.

Consideró que el nominador debió investigar, sopesar y medir los hechos que dieron origen a la insubsistencia y no proferir el acto de retiro sin justificación. Resaltó que la carga de la prueba es compartida, porque así como al accionante le corresponde probar la excelencia en el servicio, al ente demandado le corresponde demostrar que con la decisión se proponía mejorar la calidad en la prestación del servicio.

446

Agregó que el acto administrativo está viciado de nulidad por **abuso de poder**, habida cuenta de que la entidad dejó de lado el hecho de que la facultad discrecional está limitada únicamente para los casos en que se mejore el servicio, lo cual no ocurrió en este caso porque el demandante es un buen funcionario, con excelentes calidades profesionales y una trayectoria intachable. En otras palabras, la parte actora considera que el Procurador General de la Nación convirtió la discrecionalidad en arbitrariedad al transgredir los preceptos constitucionales y desconocer los derechos del señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO.

Con relación a los derechos constitucionales, explicó que fue injusto su retiro en la medida que a su juicio no es aceptable que se haya dañado el buen nombre del accionante, sin que siquiera existiera duda alguna de su proceder, máxime porque era evidente su compromiso institucional.

Afirmó que para nadie es un secreto que el acto de declaratoria de insubsistencia de un nombramiento lleva implícita una conducta reprochable, por esa razón considera que el demandante y su familia fueron sometidos al escarnio público.

Consideró injusto que luego de su constante dedicación a la prestación de sus servicios en dicha entidad, esta de forma indolente lo retirara sin haberle permitido el ejercicio del derecho de defensa y desconociendo el principio de presunción de inocencia.

II.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³

Mediante apoderado judicial, la entidad se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad del acto demandado.

Precisó que aunque el actor había laborado por un tiempo superior a diez años en la Procuraduría General de la Nación, su cargo era de libre

³ Fls. 62 a 90 y fls. 111 a 119 del cuaderno principal.

nombramiento y remoción, por lo que la administración podía removerlo en uso de la facultad consagrada en el artículo 182 numeral 2º del Decreto Ley 262 de 2000, en armonía con los artículos 125 y 278 numeral 6º de la Carta Política, y de los artículos 158 numeral 3º y 165 del Decreto Ley 262 de 2000.

Explicó que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha sostenido que el demandante tiene la obligación de desvirtuar la legalidad de acto administrativo demandado, sin embargo, en esta ocasión la parte actora no prueba que el acto acusado haya sido expedido por fuera o en contra del orden jurídico.

Para la demandada los argumentos planteados en el concepto de violación no son suficientes para desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, comoquiera que se trata de un cargo cuya provisión es discrecional, que no exige un concurso sino simplemente el cumplimiento de los requisitos mínimos para el ejercicio del mismo.

Señaló que el hecho de que el demandante tenga una muy buena hoja de vida y trayectoria en la entidad, además de ser honesto y cumplidor de su trabajo, no constituye garantía de estabilidad en el cargo. Además, el demandante no expresa su inconformidad porque se haya puesto en su remplazo a una persona que no cumpliera requisitos, sino que cuestiona su procedencia de Leticia y su perfil profesional.

Agregó el apoderado de la entidad que el hecho de que el remplazo no se haya nombrado de manera inmediata no implica una afectación en la prestación en el servicio, porque la entidad tiene la facultad organizacional y puede designar a otra persona sin explicar en qué consisten las razones del mejoramiento del servicio.

Afirmó que el hecho de que el actor haya intervenido en un proceso en el que actuaron 2 personas allegadas al Procurador General de la Nación, como son GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN y ANA MARÍA GARZÓN, no tiene relación de causalidad con el acto de insubsistencia del demandante,

máxime que ninguno de ellos está vinculado actualmente con la Procuraduría General de la Nación, y uno de ellos también demandó por esto a la entidad.

Dijo que tampoco tiene relación el hecho de que se hubieran reasignado funciones, pues es frecuente que ello suceda con ocasión del retiro de funcionarios de la entidad.

Afirmó que la Dra. ESPERANZA GARCÍA DE SARMIENTO cumplía con los requisitos para el ejercicio del empleo, y que no se le puede descalificar porque su último cargo lo hubiera ejercido en Leticia.

En cuanto al nombramiento del Dr. RUBÉN DARÍO ESCOBAR, dijo que este tenía un mejor perfil y se mantiene la presunción de mejoramiento del servicio.

Así las cosas, para la entidad el acto administrativo no está viciado de falsa motivación ni desviación de poder. Además, afirmó que legalmente no existe un procedimiento previo que obligue a la entidad a realizar una labor investigativa previa a prescindir de los servicios del accionante, porque no se puede confundir el ejercicio de una atribución legal y constitucional, con los cuestionamientos que se hagan a la conducta del accionante en su condición de funcionario público, en la medida que no es por esos reparos que se procede al retiro.

Propuso como excepción la *"Ineptitud sustantiva de la demanda por violación del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo"*, porque en su criterio, con el escrito de la demanda no se puede determinar cuáles son las causales de nulidad del acto demandado invocadas.

Frente a la afirmación hecha en la adición de la demanda, relacionada con la necesidad de que se le paguen al actor las sumas de dinero que correspondan para suplir las necesidades suyas y de su familia por el tiempo que tarde en conseguir empleo, manifestó que es lógico pensar que

habiendo ejercido el actor por un tiempo superior a 10 años un empleo en el que devengó el 70% de lo que percibe un Magistrado de Alta Corte, se entiende que se trata de una persona que puede ejercer su profesión liberal en forma activa desde el punto de vista social y con buena capacidad económica, lo cual le permite asumir las responsabilidades que le competen.

III. ALEGATOS

3.1. DE LA PARTE ACTORA⁴

Estando dentro del término legal, la apoderada de la parte actora presentó alegatos de conclusión reiterando los argumentos de la demanda y haciendo especial énfasis en que el nominador omitió la obligación de dejar las respectivas anotaciones en la hoja de vida del demandante y el hecho de no hacerlo constituye una vulneración al derecho de defensa, máxime porque llevaba más de 10 años al servicio de la entidad y no tuvo ningún "ápice de reparos" con los ex Procuradores JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, quienes precedieron al Dr. ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO.

Resaltó que de conformidad con el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 un nombramiento puede declararse insubsistente por la autoridad nominadora, "[s]in embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida", pero el Procurador General de la Nación omitió dar cumplimiento a esa obligación legal, ya que no podía dejar ningún registro porque ello daría cuenta de la desviación de poder al no existir mérito de ninguna naturaleza para declararlo insubsistente, máxime porque no pretendía mejorar la prestación del servicio.

Insistió en que su retiro obedeció a una retaliación por haber ganado un proceso en contra de la demandada, y que ocurrió en el momento justo en

⁴ Folios 319 a 342 y 411 a 417 expediente.

que se realizaron las actuaciones tendientes a obtener el pago de la sentencia condenatoria, trámites de los cuales tuvo conocimiento el Procurador General de la Nación.

Manifestó que como quedó probado, su retiro obedeció a una persecución por parte de la institución, en especial de los señores ANA MARÍA GARZÓN BARRETO, GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN y ALEXANDRA VALENCIA MOLINA, quienes fueron designados por el Procurador General de la Nación como sus superiores. Insistió en que conoció a esas personas antes de que ingresaran a la Entidad, ya que compartieron escenarios judiciales en algunos asuntos en los que actuó como Ministerio Público y ellos como Fiscales.

Aseguró que la entidad omitió enviar la información que corrobora que el señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO actuó como Ministerio Público ante la Fiscalía 16 Especializada de Bogotá, despacho del cual era titular la mencionada Dra. GARZÓN BARRETO, quien con posterioridad se posesionó en la Procuraduría General de la Nación un mes antes de que declararan insubsistente su nombramiento e influyó en su retiro.

Agregó que el nominador le dio el tratamiento de libre nombramiento y remoción al cargo de Procurador 2 Judicial II Penal de Bogotá, código 3PJ, grado EC que ocupaba el demandante porque para la época tenían esa naturaleza, no obstante la Corte Constitucional en sentencia C-101 de 2013, declaró la inconstitucionalidad del artículo 182 del Decreto 272 de 2000 y sostuvo que dicho cargo era de carrera; razón por la que el acto administrativo demandado debe declararse nulo toda vez que fue proferido teniendo como fundamento una norma declarada inexecutable, es decir, se presentó una inconstitucionalidad por consecuencia.

Consideró que el Procurador General de la Nación incurrió en desviación de poder, toda vez que teniendo la obligación de velar por el cumplimiento de la Constitución y la Ley, hizo uso de la facultad discrecional frente al cargo de libre nombramiento y remoción cuando el cargo ocupado por el

demandante no tenía esa naturaleza sino la de un cargo en provisionalidad, por lo que lo correcto era valerse de la excepción de inconstitucionalidad frente a la clasificación del empleo que hizo el Decreto 262 de 2000.

Así, al variar la naturaleza del cargo, la facultad discrecional para retirar al demandante resulta inapropiada, puesto que debía retirar al demandante por alguna de las causales que la ley permite. Además, el desempeño del señor Leonardo Martínez Bejarano fue excelente y cumplió cabalmente con las funciones que le encomendó su nominador, por lo que de haberlo retirado bajo la figura de la terminación del nombramiento en provisionalidad, hubiera tenido la posibilidad de controvertir la decisión.

Citó algunos apartes jurisprudenciales relacionados con la inconstitucionalidad por consecuencia o desaparición sobreviniente.

Aclaró que el presente asunto no se trata del decaimiento del acto administrativo por desaparición de las normas tenidas en cuenta para su expedición, sino de los efectos *ex tunc* que tienen las sentencias de inexecuibilidad, que son los mismos efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo ya que la norma desaparece del mundo jurídico, "(...) pero que por tratarse de un decaimiento de los fundamentos jurídicos que se tuvieron en cuenta para su producción, no estructura causal de nulidad, sino que sus efectos son de oponibilidad".

Aseguró que en este caso el acto demandado no constituye una situación consolidada sino de un acto *subjudice*, en la medida de que está siendo objeto del medio de control y, por ende, debe sufrir los efectos sobrevinientes o por consecuencia de la declaratoria de inexecuibilidad, es decir, que desaparezca el contenido de la norma que clasificaba a los procuradores judiciales como de libre nombramiento y remoción y, de esa manera, se declare la nulidad del mismo bajo los efectos *ex tunc* de la sentencia de constitucionalidad, se efectúe el reintegro del demandante y

se ordene el pago de los haberes mensuales pretendidos, sin solución de continuidad.

3.2. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN⁵

La entidad demandada señaló que el acto administrativo por medio del cual se retiró al demandante obedeció al uso de la facultad discrecional. Además, resaltó que no existe ninguna prueba que permita inferir que su salida de la entidad esté relacionada con la enemistad entre el accionante y los Procuradores Delegados GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN y ANA MARÍA GARZÓN.

Afirmó que el hecho de que el demandante haya ganado una demanda en contra de la entidad obteniendo el pago de la bonificación por compensación nada tuvo que ver con el acto de declaratoria de insubsistencia. Además, el actor no fue el único Procurador Judicial que ganó el derecho a la aludida bonificación, por el contrario, fueron varios y este no ha sido motivo para retirarlos del servicio.

Así mismo, dijo que a pesar de que el actor menciona los casos importantes que estuvieron a su cargo durante su trayectoria en la Procuraduría General de la Nación, estos no tienen la virtualidad de anular el acto administrativo puesto que todo eso hacía parte de su deber funcional.

Insistió en que con la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante no hubo desmejora en el servicio; no es verdad que se le haya remplazado con dos personas, sino que operó una redistribución de asuntos. Tampoco transcurrió mucho tiempo entre el retiro del actor (18 de marzo de 2009) y el nombramiento de su remplazo (3 de abril de 2009).

Mencionó que la persona que se vinculó en remplazo del demandante cumplía con los requisitos para el cargo, esto es, la experiencia y la formación académica. Además, según las estadísticas remitidas a la Oficina

⁵ Fls. 308 a 318 y 418 a 428 del cuaderno principal.

Jurídica por parte de la Coordinadora del Grupo de Gestión Documental de la Procuraduría Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, el Dr. DARÍO ESCOBAR CARDONA ha tenido un desempeño satisfactorio por lo que no es posible asegurar que hubo desmejora del servicio.

Agregó⁶ que a pesar de que el accionante pretende hacer ver su salida de la entidad como una retaliación por parte de los doctores GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN y ANA MARÍA GARZÓN, lo cierto es que ellos no tuvieron ninguna incidencia en el retiro, razón por la que las diferencias entre el demandante y las personas antes mencionadas deben interpretarse como diferencias de criterio derivadas del ejercicio del derecho y no como conflictos personales. Además, la doctora ANA MARÍA GARZÓN no fue vinculada a la entidad para ser su superior jerárquica, ni como coordinadora de los Procuradores Judiciales II, además que con posterioridad su nombramiento también fue declarado insubsistente.

En suma, considera que el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad porque la parte actora no logró desvirtuarla, ya que sus argumentos son "*meras especulaciones carentes de todo sustento*". Además, las decisiones del Procurador General de la Nación son autónomas y obedecen a la necesidad de mejorar el servicio.

Explicó que el Decreto Ley 262 de 2000 clasificó los empleos de la Procuraduría General de la Nación como (i) de carrera (por concurso de méritos), (ii) de libre nombramiento y remoción (nombramiento ordinario) y (iii) de periodo fijo (únicamente para el Procurador General de la Nación).

Indicó que de acuerdo con la Jurisprudencia del H. Consejo de Estado, las personas que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción pueden ser retiradas sin acto motivado porque este se presume inspirado en el buen servicio, lo cual no significa que la persona que sea retirada bajo esa modalidad no pueda controvertir esa decisión porque bien podría probar

⁶ A través de auto de 14 de diciembre de 2015 se corrió nuevamente el traslado de alegatos de conclusión.

que en su retiro se abandonaron los lineamientos de la decisión. No obstante, asegura que el demandante no aportó prueba siquiera sumaria con la que se pretenda desvirtuar la presunción de legalidad del Decreto 392 de 18 de marzo de 2009.

Sostuvo que a partir de la sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la Corte Constitucional ordenó que los cargos de Procurador Judicial dejaran de ser de libre nombramiento y remoción y pasaran a ser provisionales, sin embargo, para la fecha en que se dispuso el retiro (18 de marzo de 2009), la naturaleza del cargo seguía siendo de libre nombramiento y remoción, por lo que el Procurador General de la Nación estaba facultado para ejercer la facultad discrecional y disponer el retiro sin motivación alguna.

3.3. DEL MINISTERIO PÚBLICO⁷

El Ministerio Público emitió concepto en el sentido de solicitar que no se acceda a las pretensiones de la demanda porque el acto administrativo fue proferido en uso de la facultad discrecional que está en cabeza del Procurador General de la Nación.

Consideró que aunque el actor pretende que se tenga en cuenta el tiempo de servicio prestado y el buen desempeño de sus funciones con el fin de no ser retirado del cargo, estas no son razones suficientes y así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado en el sentido de que "*(...) la idoneidad profesional para el ejercicio del cargo y el buen desempeño de funciones, son condiciones que por sí solas no otorgan prerrogativas de permanencia (...)*".

Así, cuando una persona se posesiona en un cargo de libre nombramiento y remoción debe tener pleno conocimiento de que puede ser removido en cualquier momento "*a pesar de sus buenos oficios*", dado que esos cargos están inspirados en la confianza. Así mismo, tampoco está obligado el nominador a motivar el retiro porque se presume que se expide el acto para mejorar la prestación del servicio.

⁷ Ffs. 370 a 376 del cuaderno principal.

Considera que la parte demandante no logró probar los hechos de la demanda con los cuales se pretendía demostrar la nulidad en que incurrió la entidad.

IV. TRÁMITE

La demanda fue radicada el 19 de octubre de 2009⁸, correspondiéndole su conocimiento al Despacho del Dr. CERVELEÓN PADILLA LINARES. Posteriormente, fue inadmitida el 29 de enero de 2010⁹ y subsanada el 9 de febrero siguiente¹⁰.

El 30 de abril de 2010 fue proferido el auto admisorio de la demanda¹¹ y el mismo fue notificado a la entidad el 28 de septiembre de 2010¹². La entidad contestó la demanda el 26 de octubre de 2010¹³, sin embargo, el 26 de octubre siguiente la parte actora radicó solicitud de adición de la demanda¹⁴ la cual fue aceptada mediante auto de 26 de octubre del mismo año¹⁵.

Notificada la entidad de la adición de la demanda, procedió a pronunciarse sobre la misma el 21 de febrero de 2011¹⁶. El 11 de agosto de 2011 se abrió el periodo probatorio. El proceso fue remitido a la Sala de Descongestión mediante auto de 15 de agosto de 2012¹⁷ y a través de auto del 22 de marzo de 2013¹⁸ la Magistrada Ponente en Descongestión, Dra. MARTHA JEANETHE GONNzáLEZ GUTIÉRREZ, retomó el trámite probatorio en el que se encontraba el proceso.

⁸ Folio 46 del cuaderno principal.

⁹ Folio 48 del cuaderno principal.

¹⁰ Folio 49 del cuaderno principal.

¹¹ Folios 52 y 53 del cuaderno principal.

¹² Folio 55 del cuaderno principal.

¹³ Folios 62 a 90 del cuaderno principal.

¹⁴ Folios 96 a 106 del cuaderno principal.

¹⁵ Folio 108 del cuaderno principal.

¹⁶ Folios 111 a 119 del cuaderno principal.

¹⁷ Fls. 211 y 212 del cuaderno principal.

¹⁸ Fls. 215 a 219 del cuaderno principal.

El 26 de mayo de 2014 se profirió auto de traslado de alegatos de conclusión¹⁹, término aprovechado por las partes para el efecto²⁰ y por el Ministerio Público para emitir concepto²¹. No obstante, mediante auto del 26 de octubre de 2015 se dejó sin efectos el aludido traslado y se dispuso continuar con la etapa probatoria.

El recaudo probatorio terminó el 14 de diciembre de 2015, fecha en que se profirió el auto de traslado de alegatos de conclusión²². El apoderado de la parte actora presentó en tiempo los alegatos de conclusión, esto es, el 19 de enero de 2016. La apoderada de la Procuraduría General de la Nación lo hizo en forma extemporánea el 3 de febrero del mismo año.

El 21 de abril de 2017 los Magistrados PATRICIA SALAMANCA GALLO y LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA manifestaron impedimento²³.

Mediante auto de 9 de octubre de 2017²⁴ se aceptó el impedimento de los Magistrados Dra. PATRICIA SALAMANCA GALLO y Dr. LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA por estar incursos en la causal prevista en el art. 141, numeral 6º, del Código General del Proceso, toda vez que afirmaron tener un pleito pendiente en el que el Dr. HÉCTOR ALFONSO CARVAJAL LONDOÑO funge como apoderado de la parte accionante, al igual que en el proceso de la referencia.

El 11 de octubre de 2019 el Magistrado JOSÉ MARÍA ARMENTA FUENTES, manifestó impedimento de conformidad con previsto en los artículos 140 y 141, causal 5º, del Código General del Proceso, comoquiera que el citado apoderado de la demandante actualmente es su apoderado en otro proceso.

El 15 de octubre de 2019 fue aceptado el impedimento anterior.

¹⁹ Folio 307 del cuaderno principal.

²⁰ Folio 307 del cuaderno principal.

²¹ Folios 370 a 376 del cuaderno principal.

²² Folios 308 a 318 y 319 a 342 del cuaderno principal.

²³ Folio 430 del cuaderno principal.

²⁴ Fl. 434 del cuaderno principal.

Así las cosas, se conforma la Sala con los Magistrados BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS, ponente, y el Dr. NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES.

V. CONSIDERACIONES

5.1. COMPETENCIA

Este H. Tribunal es competente para conocer del presente asunto de acuerdo con el artículo 133 del C.C.A., modificado por el artículo 41 de la Ley 446 de 1998.

De otra parte, como el presente proceso se encontraba en trámite previo al 2 de julio de 2012, su continuación y decisión se surten bajo el régimen jurídico anterior, conforme lo ordena el artículo 308 del CPACA- Ley 1437 de 2011.

5.2. EXCEPCIONES

El accionante propuso la excepción de "*Ineptitud sustantiva de la demanda por violación del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo*", porque en su criterio, con el escrito de la demanda no se puede determinar cuáles son las causales de nulidad invocadas. Sin embargo, la Sala considera que esta excepción no tiene vocación de prosperidad comoquiera que del escrito de la demanda y su adición se extrae que el demandante considera que le asiste el derecho a que se declare la nulidad del Decreto 392 del 18 de marzo de 2009, a través del cual fue retirado del cargo de Procurador 2 Judicial II Penal de Bogotá que desempeñaba en Procuraduría General de la Nación, porque este fue expedido con **falsa motivación, desviación y abuso de poder**.

Expone que la entidad no dejó anotación alguna en su hoja de vida, lo que impidió su derecho de defensa al no conocer las causas de su retiro.

Asegura que existen varios indicios concatenados que evidencian la intención de remover del cargo al demandante por razones diferentes al

452

buen servicio (falsa motivación, desviación y abuso de poder), esto es, **(i)** que el señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO cumplía cabalmente con sus funciones y no tenía ningún llamado de atención, **(ii)** que lo retiraron justo cuando ganó una demanda en contra de la entidad en la que se ordenó el pago de la bonificación por compensación, **(iii)** que no se dejaron anotaciones en su hoja de vida que permitieran conocer la causa de la insubsistencia, **(iv)** que su retiro se produjo cuando ingresaron a la Procuraduría General de la Nación como empleados de confianza del Dr. ORDOÑEZ los señores ANA MARÍA GARZÓN BARRETO, GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN y ALEXANDRA VALENCIA MOLINA, con quienes el demandante no tenía buenas relaciones, producto de su buen desempeño como agente del Ministerio Público cuando ellos fungían como Fiscales en Procesos de connotación nacional, **(v)** que para poderlo remplazar tuvieron que designar a dos personas que asumieran sus funciones, quienes no tenían el perfil y competencia necesarios, **(vi)** que la entidad no nombró su remplazo en forma inmediata sino que tardó cerca de un mes.

Cabe resaltar que en la contestación de la demanda la Procuraduría General de la Nación se pronunció frente a los mencionados vicios de nulidad.

Por lo anterior, se declara no probada la excepción de inepta demanda propuesta por la Procuraduría General de la Nación.

5.3. PROBLEMA JURÍDICO

Consiste en determinar si el Decreto 392 del 18 de marzo de 2009, por medio del cual se declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante en el cargo de Procurador 2 Judicial II, código 3PJ, grado EC, se encuentra viciado de nulidad por falsa motivación, desviación o abuso de poder al haber sido expedido con fines distintos al buen servicio.

5.4. TESIS DE LA SALA

La Sala considera que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo demandado ya que no se probaron los cargos de nulidad formulados.

Esta tesis se soporta en los siguientes argumentos:

5.5. HECHOS PROBADOS

En cuanto a lo relevante para el objeto de la presente Litis, se encuentra probado en el expediente lo siguiente:

- Del perfil profesional del señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO

El accionante es Abogado²⁵, Especialista y Magister en Derecho Penal y Criminología²⁶ y acreditó la siguiente experiencia:

CARGO	DESDE	HASTA
JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL DE LA PEÑA ²⁷	30/06/1987	28/06/1990
JUEZ SEXTO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE FACATATIVÁ ²⁸	29/06/1990	02/10/1991
JUEZ SUPERIOR DE GACHETÁ ²⁹	03/10/1991	30/09/1992
JUEZ TERCERO PENAL DEL CIRCUITO DE GACHETÁ ³⁰	01/07/1991	30/06/1992
JUEZ DIECIOCHO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE BOGOTÁ ³¹	01/08/1992	13/08/1998
PROCURADOR JUDICIAL 87 II PENAL DE VILLAVICENCIO, CÓDIGO OPJ-ES ³²	25/06/1998	20/12/1998

²⁵ Fl.9 anexo 1.

²⁶ Fl.2 anexo 1.

²⁷ Fl. 20 anexo 1.

²⁸ Fl. 20 anexo 1.

²⁹ Fl. 20 anexo 1.

³⁰ Fl. 20 anexo 1.

³¹ Fl. 22 anexo 1.

³² Fl. 20 anexo 1.

PROCURADOR SEGUNDO JUDICIAL II PENAL, CÓDIGO 3PJ, GRADO EC DE BOGOTÁ ³³	01/11/2000	18/03/2009
--	------------	------------

Laboró en encargo como Procurador Judicial 18³⁴, 15³⁵, 21³⁶ y 27³⁷ Penal de Bogotá.

- De la bonificación por compensación

El 24 de marzo de 2004 el accionante presentó solicitud de ajuste de la remuneración y pago de la bonificación por compensación³⁸ ante la Secretaría General de la Procuraduría General de la Nación. Petición que fue resuelta en forma desfavorable mediante Resolución No. 091 de 26 de marzo de 2004³⁹.

- De las personas que según el actor influyeron en su retiro

El señor **GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN** laboró en la Fiscalía General de la Nación desde el 16 de junio de 1994 hasta el 16 de junio de 2005⁴⁰, ejerciendo, entre otros cargos, el de Fiscal Delegado ante los Jueces Municipales y Promiscuos y Fiscal Delegado ante los Jueces del Circuito.

Mediante Decreto 305 del 19 de enero de 2009⁴¹ fue nombrado por el Procurador General de la Nación en el cargo de Director Nacional de Investigaciones Especiales, código 0D1, grado EB y tomó posesión del cargo el día siguiente⁴², esto es, 29 días antes de que el actor fuera retirado de la entidad.

³³ Fl. 55 anexo 1.

³⁴ Fl. 79 anexo 1.

³⁵ Fl. 83 anexo 1.

³⁶ Fl. 109 anexo 1.

³⁷ Fl. 50 anexo 1.

³⁸ Fl. 87 anexo 1.

³⁹ Fls. 88 a 91 anexo 1.

⁴⁰ Fls. 136 y 137 anexo 2.

⁴¹ Fl. 67 anexo 2.

⁴² Fl. 87 anexo 1.

La señora **ANA MARÍA GARZÓN BOTERO** laboró en la Fiscalía General de la Nación desde el 19 de julio de 1994 hasta el 9 de julio de 2008⁴³, ocupando, entre otros, el cargo de Fiscal Delegada ante los Jueces del Circuito Especializados. A través del Decreto 083 de 30 de enero de 2009⁴⁴ el Procurador General de la Nación la nombró como Procuradora Delegada para la Vigilancia Judicial y Policía Judicial, código 0D1, grado EA, y tomó posesión del cargo el 9 de febrero de 2009⁴⁵, es decir, 9 días antes del retiro del señor MARTÍNEZ BEJARANO. El 16 de octubre del mismo año fue nombrada Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal código 0D1, grado EA. Su nombramiento fue declarado insubsistente el 5 de abril de 2010⁴⁶ por el Procurador General de la Nación.

La señora **ALEXANDRA VALENCIA MOLINA** mediante Decreto 082⁴⁷ del 30 de enero de 2009 (19 días antes del retiro del demandante), fue nombrada en el cargo de Directora Nacional de Investigaciones Especiales código 0D1, grado EB y, posteriormente, fue designada Procuradora 186 Judicial II de Familia de Bogotá, código 3PJ, grado EC. Su nombramiento fue declarado insubsistente el 19 de abril de 2010.

Obran en el plenario los documentos que demuestran que el accionante fue designado en varias ocasiones para atender agencias especiales⁴⁸.

- De las personas que remplazaron al demandante en las funciones que venía desempeñando en la Procuraduría General de la Nación.

⁴³ Fls. 138 y 139 anexo 2.

⁴⁴ Fl. 76 anexo 2.

⁴⁵ Fl. 87 anexo 1.

⁴⁶ Fl. 84 anexo 2.

⁴⁷ Fl. 86 anexo 2.

⁴⁸ Fl. 12 y ss anexo 2.

La señora SONIA ESPERANZA GARCÍA DE SARMIENTO es abogada⁴⁹, especialista en Derecho Laboral⁵⁰ y Derecho Penal y Criminología⁵¹, tiene experiencia como Juez Penal Municipal y Fiscal Seccional⁵².

Se encuentra probado que tiene la siguiente experiencia profesional⁵³:

CARGO	DESDE	HASTA
JUEZ SEGUNDA AUXILIAR PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA FE DE BOGOTÁ	10/03/1981	11/04/1982
JUEZ 28 PENAL MUNICIPAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ	01/09/1983	31/10/1985
JUEZ 16 DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL DE SANTA FE DE BOGOTÁ	01/11/1985	30/06/1992
JUEZ 26 PENAL DE CIRCUITO	16/07/1992	06/30/1992
FISCAL DELEGADO ANTE LOS JUECES DEL CIRCUITO	01/07/1992	02/01/1995
FISCAL DELEGADO ANTE LOS JUECES DEL CIRCUITO	03/01/1995	28/09/1999
FISCAL DELEGADO ANTE LOS JUECES DEL CIRCUITO	29/09/1999	25/06/2001
FISCAL DELEGADO ANTE EL TRIBUNAL DE DISTRITO JUDICIAL	26/06/2001	08/10/2002

Según el Decreto 326 del 15 de febrero de 2007⁵⁴ la señora SONIA ESPERANZA GARCÍA SARMIENTO fue nombrada en el cargo de Procurador 183 Judicial Penal de Leticia, código 3PJ, grado EC, hasta cuando fue designada en el cargo que venía desempeñando el demandante.

El señor RUBÉN DARÍO ESCOBAR CARDONA, quien también remplazó al demandante en algunas de sus funciones, es abogado⁵⁵, especialista en Instituciones Jurídicas y Derecho Público⁵⁶, se desempeñó, entre otros cargos, como abogado litigante de la Jurisdicción Penal Militar (01/06/1996 a 30/04/2002), Docente de la Universidad Santo Tomás (por varios periodos

⁴⁹ Fl. 117 anexo 2.
⁵⁰ Fl. 124 anexo 2.
⁵¹ Fl. 108 anexo 2.
⁵² Fl. 110. No es posible ver las fechas exactas de vinculación porque el documento no es completamente legible.
⁵³ FL. 112 del anexo 2.
⁵⁴ FL. 126 del anexo 2.
⁵⁵ FL. 218 del anexo 2.
⁵⁶ FL. 221 del anexo 2.

entre los años 2000 y 2002), Abogado Auxiliar y Magistrado Auxiliar del H. Consejo de Estado (06/05/2001 al 09/09/2002), Profesional Especializado, código 310, grado 20 del Comisionado Nacional para la Policía (en los años 2003 y 2004), Juez 12 Administrativo de Cartagena (año 2006).

5.6. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES

5.6.1. De la estructura y clasificación de los empleos de la Procuraduría General de la Nación

Lo primero que debe precisarse es que la Constitución de 1991 estableció que la Procuraduría General de la Nación ejercería la función de Ministerio Público como un órgano independiente de las ramas del poder público, encargada, entre otras cosas, de vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, defender los intereses de la sociedad y proteger los derechos humanos.

En cuanto a su organización, de conformidad con los artículos 278 y 279 constitucionales le corresponde, de un lado, al Legislador, regular lo relativo a la estructura y funcionamiento, el ingreso y concurso de méritos, las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración, retiro del servicio y régimen disciplinario propio, y del otro, al Procurador General de la Nación le compete nombrar y remover a los funcionarios y empleados de su dependencia.

Si bien al Congreso le corresponde determinar la estructura de la citada entidad, excepcionalmente puede atribuirle temporalmente esas funciones al Presidente de la República. Fue así que, en uso de dichas facultades conferidas por el numeral 4 del artículo 1º de la Ley 573 de 2000, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 262 de 2000 *"Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus*

servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos", en cuyo artículo 182 previó la clasificación los empleos de la Procuraduría General de la Nación conforme a su naturaleza y forma de provisión de la siguiente manera:

ARTÍCULO 182. CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:

1) De carrera

2) De libre nombramiento y remoción

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

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

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

2. De período fijo: Procurador General de la Nación.

(...) (Destaca la Sala).

5.6.2. De la declaratoria de inexecutable de la expresión "Procurador Judicial" del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000.

La H. Corte Constitucional mediante la sentencia C-101 de 2013 realizó el estudio de constitucionalidad del numeral 2º del artículo 182 del Decreto 262 de 2000, por medio del cual se dispuso que los cargos de Procuradores Judiciales fueran de libre nombramiento y remoción, al confrontarlo con el artículo 280 de la Constitución Política.

En dicha providencia, la Alta Corporación analizó lo siguiente:

6.1.1. Al examinar la demanda de inconstitucionalidad de la norma del artículo 182 del DL 262/00, que definió el empleo de "*procurador judicial*" como de libre nombramiento y remoción, la Corte encontró que se configuró el fenómeno de cosa juzgada constitucional respecto del cargo por violación del artículo 125 de la Constitución, en virtud de la declaración de exequibilidad de que fue objeto en la C-146/01. Allí la Corte concluyó, en la línea de anteriores pronunciamientos, "*que no se viola el principio general de la carrera administrativa*" -art 125 de la Constitución-.

6.1.2. En relación con el artículo 280 de la Constitución, se consideró que no existe cosa juzgada, por cuanto ni en la citada sentencia ni en las allí mencionadas, se cotejó la disposición demandada frente al deber constitucional de equiparación de los agentes del ministerio público que ejercen ante jueces y magistrados con las autoridades judiciales ante quienes actúan, en materia de "*calidades, categoría, remuneración, derechos y prestaciones*".

6.1.3. Examinada la disposición acusada, la Corte determina que entre los "*derechos*" a ser homologados a favor de los procuradores judiciales, en virtud del artículo 280 constitucional, se halla el que su empleo sea considerado de carrera administrativa. En consecuencia, declarará la inexequibilidad de la expresión "*Procurador Judicial*" del numeral 2 del artículo 182 del decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política. Y ordenará la convocación de un concurso público de méritos para la provisión, en propiedad, de los cargos de Procuradores Judiciales que se desempeñan ante magistrados y jueces de carrera.

Lo anterior significa que solo a partir de la sentencia C-101 de 2013 de la H. Corte Constitucional, los cargos de Procurador Judicial I y II de la Procuraduría General de la Nación, que fueron clasificados como empleos de libre nombramiento y remoción por el Decreto Ley 262 de 2000, se reclasificaron como cargos de carrera, como consecuencia de los efectos ex nuc de dicha providencia. Así lo reiteró la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, en los siguientes términos⁵⁷:

Los criterios para clasificar la categoría de los empleos no distan de los previstos para la carrera administrativa de carácter general. No obstante, debe señalar la Sala que la clasificación de los Procuradores Judiciales en cargos de libre nombramiento y remoción dejó de ser un tema pacífico como lo referían las sentencias constitucionales que validaron esta naturaleza jurídica: C-334 de 1996, C-031 de 1997, C-443 de 1997 y C-146 de 2001 en donde particularmente declaró la exequibilidad de la norma respecto del artículo 125 Superior, al señalar "*que no se viola el principio general de la carrera administrativa*" es decir, frente a este artículo constitucional el empleo referido era susceptible de ser clasificado como de libre nombramiento y remoción, configurándose el fenómeno de cosa juzgada constitucional. No obstante, la Corte Constitucional en un nuevo estudio plasmado en la sentencia C-131 de 28 de febrero de 2013, declaró

⁵⁷ Consejo de Estado - Sala Contenciosa Administrativa - Sección Segunda, del 20 de Agosto de 2015. Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve en el radicado N° 25000-23-25-000-2010-00254-01.

la inexecutable de la expresión "Procurador Judicial" del numeral 2) del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política. De lo expuesto se colige que, el cargo de Procurador Judicial mutó su naturaleza, de ser un empleo de libre nombramiento y remoción a uno de carrera especial de la Procuraduría General de la Nación, lo que implica que los funcionarios que se encuentran en este tránsito deben superar las etapas de un concurso a partir de la convocatoria que haga la entidad para que así puedan considerarse inscritos y adquirir los privilegios que le otorga la carrera, toda vez que no hay ingreso automático a la misma. Sin embargo, tal como lo definió esta Sección en un caso similar al que aquí se estudia, radicado interno No. 1866-2010, actor: Diego León Villamarín y que ahora reitera, el cambio de naturaleza del empleo solo es efectivo a partir de la sentencia de inexecutable C-101 de 2013, dados sus efectos ex nunc (sic), tal y como lo dispone el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Justicia. (Destaca la Sala).

Por lo anterior, se tiene que el cargo ocupado por el señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO en la Procuraduría General de la Nación para la época en que fue declarado insubsistente (2009), corresponde a aquellos nombrados en forma ordinaria por ser de libre nombramiento y remoción.

En un caso similar el H. Consejo de Estado⁵⁸ sostuvo que los efectos de la sentencia de constitucionalidad C-101 de 2013 emergen hacia futuro, así:

[P]or tratarse el cargo de Procurador Judicial como de carrera administrativa, el mismo debe proveerse mediante concurso de méritos; sin embargo, por tratarse de una providencia proferida el 28 de febrero de 2013, es decir, con posterioridad a la expedición del acto administrativo mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la demandante (11 de noviembre de 2011) y a la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante esta jurisdicción (22 de mayo de 2012), la misma no resulta aplicable al caso controvertido, como lo pretende la parte demandante en el escrito de apelación, en la medida que los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional, producen efectos hacia el futuro, siempre que no se establezca cosa distinta en el cuerpo de la providencia, tal y como lo consagra el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, cuando dispuso:

"REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario."

Así las cosas, el cargo planteado por la demandante, no se encuentra llamado a prosperar, en la medida en que el empleo que ocupaba la señora Helka María Acosta Monroy al interior de la Procuraduría General

⁵⁸ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda sentencia del 21 de septiembre de 2017, radicado No. 11001-03-15-000-2018-02250-00. Consejero Ponente Dr. William Hernández Gómez.

de la Nación, esto es, como Procuradora 176 Judicial II Penal de Valledupar, era de libre nombramiento y remoción, para lo cual la entidad nominadora procedió a retirarla del servicio, sin necesidad de motivar su decisión, en consideración a la naturaleza jurídica que dicho cargo ostentaban para el momento del retiro.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial expuesto, los efectos del fallo de la H. Corte Constitucional no afectaron la legalidad de los actos de declaratoria de insubsistencia del nombramiento proferidos durante su vigencia.

Si bien es cierto en el presente asunto se encontraba en trámite al momento en que fue proferida la sentencia C-101 de 2013, por lo que en principio no se estaba ante una situación consolidada, lo cierto es que en la demanda no se solicitó la inaplicación de la norma por inconstitucionalidad, ni se invocó la calidad de provisional de la vinculación del actor, sino que tanto en los argumentos de la demanda como en los de la defensa de la entidad se partió de la base de que la vinculación del actor fue en un empleo de libre nombramiento y remoción.

5.6.3. Del ejercicio de la facultad discrecional en los cargos de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación

Resulta pertinente hacer referencia a los criterios que jurisprudencialmente ha desarrollado el H. Consejo de Estado sobre la facultad discrecional de remoción de empleados de libre y remoción⁵⁹:

Es pertinente manifestar a la altura de lo ya enunciado, que la facultad discrecional no es absoluta, en tanto no puede interpretarse aisladamente de los principios que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la declaratoria de insubsistencia de un nombramiento procede siempre y cuando esté inspirado en razones del buen servicio, máxime, cuando en el caso bajo estudio, la administración distrital motivó el acto administrativo de insubsistencia.

La potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria en ciertas situaciones para obtener mayor eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines de la administración pública.

⁵⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda – Subsección “B”. Sentencia del 20 de agosto de 2015, Radicación 25000-23-42-000-2013-01186-01 (2144-14). Consejera ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Entonces, la discrecionalidad "surge cuando el ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público"⁶⁰.

Ahora bien, la existencia de facultades discrecionales no es incompatible con la vigencia de un Estado Social y Constitucional en la medida en que se ejerzan como un poder en derecho, cuya regla y medida es la razonabilidad. En ese sentido, la Corte Constitucional⁶¹ ha indicado que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción no contraría la Constitución, pues la naturaleza de las labores que desempeñan obedece a una relación subjetiva con el nominador, quien requiere siempre plena confianza de sus colaboradores.

Al igual, esta Corporación reiteradamente ha sostenido que si bien las razones del servicio se presumen, de demostrarse la existencia de vicios que desvirtúen la presunción de legalidad, la decisión debe ser retirada del ordenamiento jurídico⁶².

En este sentido, en providencia de fecha 3 de agosto de 2006, C. P. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno No. 0589-05, actor: Jesús Antonio Delgado Guana, se indicó:

*"En síntesis, en el ejercicio de la facultad discrecional se presume la legalidad del acto, vale decir que estuvo inspirado en razones del buen servicio, pero no de los motivos, **dado que aunque formalmente no se exige la motivación de la decisión, ello no quiere decir que carezca de motivos**, y en este sentido, corresponde al juez apreciar y valorar el rendimiento del servidor con sustento en la última calificación de servicios y en las anotaciones que registre la hoja de vida con inmediatez al retiro a falta de otros elementos probatorios que demeriten el rendimiento del actor, los cuales corresponde aportar a la entidad demandada en la tarea de consolidar la legalidad de la medida."*

Es por lo anterior que, como bien lo señala el tratadista García de Enterría⁶³, el control judicial de la discrecionalidad es siempre un control de los elementos reglados con que la atribución legal de la potestad correspondiente ha sido conferida, ello precisamente encaminado a establecer si las razones que inspiraron la decisión tomada en ejercicio de la facultad discrecional desborda o desconoce el principio de razonabilidad. (Subrayas de la Sala, negrillas del texto original).

⁶⁰ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 143. (Referencia de la sentencia en cita).

⁶¹ En este sentido, la Sentencia C-443 de 1997, señaló:

"(...)la estabilidad "entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo", es plena para los empleos de carrera pero restringida o precaria para los de libre nombramiento y remoción, "pues para éstos la vinculación, permanencia y retiro de sus cargos depende de la voluntad del empleador, quien goza de cierta discrecionalidad para decidir libremente sobre estos asuntos, siempre que no incurra en arbitrariedad por desviación de poder.

(...) frente a la estabilidad existen variadas caracterizaciones: desde la estabilidad impropia (pago de indemnización) y la estabilidad "precaria" (caso de los empleados de libre nombramiento y remoción que pueden ser retirados en ejercicio de un alto grado de discrecionalidad), hasta la estabilidad absoluta (reintegro derivado de considerar nulo el despido), luego no siempre el derecho al trabajo se confunde con la estabilidad absoluta." (Referencia de la sentencia en cita, resaltado en el texto original).

⁶² Esta concepción parte de una idea de carga dinámica de la prueba, sin olvidar que, en principio, quien alega la ilegalidad de un acto debe demostrarlo. (Referencia de la sentencia en cita).

⁶³ García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración., 5ª edición, 2000, página 144(Referencia de la sentencia en cita).

El régimen especial de la Procuraduría General de la Nación prevé la posibilidad de hacer uso de la facultad discrecional en el Decreto 262 de 2000. De acuerdo con el artículo 165, en concordancia con el artículo 158 numeral 3º de dicha norma, le corresponde a su nominador hacer uso de esa facultad, siempre y cuando esté fundado en las siguientes situaciones:

ARTÍCULO 158. RETIRO DEL SERVICIO. El retiro definitivo de un servidor de la Procuraduría General de la Nación, se produce por:

1. Insubsistencia por una calificación de servicios insatisfactoria, según lo establecido en el régimen de carrera aplicable a la entidad.
 2. Insubsistencia por inhabilidad anterior a la posesión o sobreviniente.
 3. Insubsistencia discrecional. (Resaltado de la Sala)
- (...)

ARTÍCULO 165. INSUBSISTENCIA DISCRECIONAL. Es la decisión que se produce en ejercicio de la facultad discrecional del nominador para remover a un servidor de la entidad que ocupe un empleo de libre nombramiento y remoción.

Contra la resolución que declara la insubsistencia del nombramiento no procede recurso alguno.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la facultad discrecional referida en las normas citadas, como quedó dicho, no es absoluta y debe ejercerse, dentro de los límites señalados, a través de un acto administrativo que no necesita motivación. El acto administrativo a través del cual se ejerza la facultad discrecional se presume legal por estar dirigido a mejorar el servicio y solo podrá ser desvirtuado ante la jurisdicción, teniendo en cuenta que contra ese acto no procede ningún recurso.

Ahora, en cuanto a la confianza como criterio determinante en cargos de libre nombramiento y remoción, el Máximo Tribunal Constitucional ha expuesto⁶⁴:

Siguiendo esta línea jurisprudencial, en la Sentencia C-514 de 1994⁶⁵, esta Corporación señaló que un cargo de libre nombramiento y remoción tiene que reunir las siguientes características: **(i)** de un lado, hacer referencia a funciones directivas, de manejo, de conducción u orientación institucional y, **(ii)** de otro,

⁶⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-686 del 11 de septiembre de 2011. Magistrado Ponente: Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁵ M.P. José Gregorio Hernández. (Referencia de la sentencia en cita).

referirse a cargos en los cuales **es necesaria la confianza** de los servidores que tienen esa clase de responsabilidades.⁶⁶ Al respecto se dijo:

"Siendo la regla general la de la pertenencia a la carrera, según los mandatos constitucionales, las excepciones que la ley consagre solamente encuentran sustento en la medida en que, por la naturaleza misma de la función que se desempeña, se haga necesario dar al cargo respectivo un trato en cuya virtud el nominador pueda disponer libremente de la plaza, nombrando, confirmando o removiendo a su titular por fuera de las normas propias del sistema de carrera. Estos cargos, de libre nombramiento y remoción, no pueden ser otros que los creados de manera específica, según el catálogo de funciones del organismo correspondiente, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales, o los que implican la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades." En este último caso no se habla de la confianza inherente al cumplimiento de toda función pública, que constituye precisamente uno de los objetivos de la carrera pues el trabajador que es nombrado o ascendido por méritos va aquilatando el grado de fe institucional en su gestión, **sino de la confianza inherente al manejo de asuntos pertenecientes al exclusivo ámbito de la reserva y el cuidado que requiere cierto tipo de funciones, en especial aquellas en cuya virtud se toman las decisiones de mayor trascendencia para el ente de que se trata.** Piénsese, por ejemplo, en el Secretario Privado del Presidente de la República o en un Ministro del Despacho.

"Desde luego, quedan excluidas del régimen de libre nombramiento y remoción las puras funciones administrativas, ejecutivas o subalternas, en las que no se ejerce una función de dirección política ni resulta ser fundamental el *intuitu personae*". (Subraya fuera de texto).

Con posterioridad, en Sentencia T-132 de 2007⁶⁷ se recordó que en los cargos de libre nombramiento y remoción **la confianza representa uno de los aspectos centrales**, para la vinculación del servidor:

"Ha manifestado la Corte Constitucional que al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador."⁶⁸ **Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza** de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación."⁶⁹

De esta manera, es claro que la confianza es un criterio subjetivo relevante no solo para establecer si un cargo es de libre nombramiento o remoción, especialmente en aquellos empleos de cualquier nivel jerárquico que tengan asignadas funciones de asesoría institucional, asistenciales o de apoyo, sino también para determinar el ingreso y la permanencia en el cargo del respectivo servidor público. (Resaltado dentro del texto original).

⁶⁶ Cfr. Sentencia C-1177 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. (Referencia de la sentencia en cita).

⁶⁷ M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. (Referencia de la sentencia en cita).

⁶⁸ Así lo expresó en las sentencias C-514 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU 250 de 1998. M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-292 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño. (Referencia de la sentencia en cita).

⁶⁹ Ver Corte Constitucional. Sentencias C-195 de 1994, C-368 de 1999, C-599 de 2000, C-392 y C-1146 y C-392 de 2001. (Referencia de la sentencia en cita).

Conforme con lo anterior, concluye la Sala que la posibilidad de desvincular de forma discrecional a los servidores públicos de libre nombramiento y remoción obedece a la relación subjetiva de confianza de estos con el nominador, y que se presume que el acto de desvinculación estuvo inspirado en razones del buen servicio.

En tal sentido, si se alega un ejercicio arbitrario del poder del nominador o una desviación de poder en la decisión de declaratoria de insubsistencia, debe probarse que la motivación del acto obedeció a razones, diferentes al buen servicio o interés general, circunstancia que de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, le corresponde probar a quien lo alega.

5.6.4 Falta de motivación y desconocimiento de lo contemplado en el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968

El artículo 1º del Código Contencioso Administrativo dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 1. CAMPO DE APLICACIÓN. *Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de "autoridades". Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.*

Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieren decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.

Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción (Destaca la Sala).

El artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 señala:

ARTÍCULO 26. El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil, que no pertenezca a una carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, **sin motivar la providencia**. Sin embargo, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que no lo ocasionaron en la respectiva hoja de vida. Los nombramientos de empleados de carrera sólo podrán ser declarados

insubsistentes por los motivos y mediante los procedimientos establecidos en la ley o reglamento que regule la respectiva carrera. La declaración de insubsistencia conlleva la pérdida de los derechos del funcionario de carrera.

ARTÍCULO 41. CAUSALES DE RETIRO DEL SERVICIO. El retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa se produce en los siguientes casos:

a) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción;

b) Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa;

(...) Destaca la Sala.

Sobre este punto la jurisprudencia ha reiterado que todos los actos administrativos a través de los cuales se desvincula a una persona de su cargo deben ser motivados.

No obstante, respecto de los empleos de libre nombramiento y remoción, la H. Corte Constitucional en sentencia SU-917 de 2010, a la cual ya se hizo mención, expuso lo siguiente:

En términos más amplios, dentro de los actos administrativos que no requieren ser motivados "están la nominación y la declaratoria de insubsistencia, en caso de los empleos que tienen el carácter de ser de libre nombramiento y remoción". El fundamento de esta excepción ha sido el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, por el cual se modificaron las normas relativas a la administración de personal civil. Dijo la norma:

(...)

En la Sentencia C-734 de 2000 la Corte declaró la exequibilidad de este precepto, recordando que la desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no requiere ser motivada, aclarando que en todo caso se trata de una discrecionalidad relativa. Dijo entonces:

"En conclusión, resulta claro que la Corte ha admitido, en varias ocasiones, que la autorización dada por el legislador para no motivar los actos de desvinculación de funcionarios que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, no desconoce la Constitución, lo cual, de otro lado, no significa que tal autorización sea una patente de corso para proceder arbitraria o caprichosamente en estos casos.

"(...)

"De esta manera, la lectura completa de la disposición acusada, lleva a concluir sobre su exequibilidad. No sólo la falta de motivación de los actos administrativos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, como se vio, no se opone a la Constitución, sino que en el caso presente, la exigencia de motivación posterior excluye la posibilidad de que la

desvinculación así efectuada se erija en un acto arbitrario y caprichoso contra el cual no exista la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, como lo aduce la demanda. No hay en este caso, excepción al principio de publicidad de los actos administrativos, pues el interesado puede conocer la motivación que originó su retiro. En virtud de lo anterior, la Corte declarará la exequibilidad de la proposición jurídica completa conformada por el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, toda vez que la expresión parcialmente acusada, no puede ser considerada en sus efectos jurídicos independientemente del resto del texto de la norma". (Resaltado fuera de texto).

Como se observa, la Corte aclaró que incluso en estos eventos opera una discrecionalidad restringida, pues si bien no se requiere la motivación del acto la propia norma exige que la autoridad haga constar en la hoja de vida del servidor público los hechos y las razones que causan la declaratoria de insubsistencia sin motivación, controlado la arbitrariedad en esas decisiones (motivación posterior). De igual forma, en la Sentencia T-222 de 2005 puso de presente que en esta facultad de nominación y retiro inmotivado constituye una medida verdaderamente excepcional:

"No obstante lo anterior, la Corte ha aclarado que la exigencia de motivar los actos administrativos, en cuanto a desvinculación del servicio se refiere, tiene sus excepciones. **Tal es el caso de los empleados de libre nombramiento y remoción, pues por tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador.** La jurisprudencia constitucional ha definido estos cargos como "aquellos que la Constitución establece y aquellos que determine la ley, (art. 125), siempre y cuando la función misma, en su desarrollo esencial, exija una confianza plena y total, o implique una decisión política. En estos casos el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación". Así pues, **por la naturaleza de estos cargos, los actos que desvinculan a quienes desempeñan un empleo de libre nombramiento y remoción no requieren motivación**".

La Sentencia T-132 de 2007 recordó, una vez más, que en los cargos de libre nombramiento y remoción la confianza representa uno de los aspectos centrales, lo cual explica que en estos eventos el Legislador haya contemplado una excepción a la regla general sobre el deber de motivación de los actos administrativos:

"En efecto, la Legislación prevé que en ciertos casos no se requiere la motivación. Esto sucede, por ejemplo, cuando quien se desvincula del servicio es un empleado de libre nombramiento y remoción. Ha manifestado la Corte Constitucional que al "tratarse de personas que ejercen funciones de confianza, dirección o manejo, la permanencia en sus cargos depende, en principio, de la discrecionalidad del nominador[45]." Este tipo de empleos suponen la existencia de estrechos lazos de confianza de modo que "el cabal desempeño de la labor asignada debe responder a las exigencias discrecionales del nominador y estar sometida a su permanente vigilancia y evaluación."

Bajo estas circunstancias, el nominador goza de un margen amplio de discrecionalidad que no puede, desde luego, derivar en actuación arbitraria o desproporcionada pero tampoco exige para que proceda el retiro que el acto de desvinculación deba ser motivado. Ha sostenido la Corporación en

numerosas ocasiones que, *"la falta de motivación del acto que desvincula a una persona que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción no es contrario a la Constitución"*. Ha recalcado, además, que la no motivación de esos actos constituye *"una excepción al principio general de publicidad, sin que ello vulnere derecho fundamental alguno"*.

Los anteriores constituyen, en últimas, los actos administrativos que en relación con la nominación y retiro de servidores públicos no requieren motivación expresa, lo que sin embargo, insiste la Corte, tampoco puede ser interpretado como una patente de corso para actuar de manera arbitraria, pues en todo caso podrán ser objeto de control ante la jurisdicción contencioso administrativa y ser anulables por las causales previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo (Destaca la Sala).

Finalmente, cabe traer a colación la sentencia proferida el 21 de abril de 2005 por el H. Consejo de Estado, Magistrada Ponente Margarita Olaya Forero, radicación número: 25000-23-25-000-1999-04366-01(1480-04), en la que respecto de la anotación en la hoja de vida se dijo lo siguiente:

En relación con el cargo que hace el libelista, de no registrarse en la hoja de vida las razones para declarar insubsistente al actor, ha de decirse que **tal omisión no tiene la capacidad de viciar la declaratoria de insubsistencia, pues dicha constancia no hace parte del acto administrativo, y si la ley permite la remoción del empleado sin consignar los motivos, mal puede ser causa de anulación no dejar registradas las razones para declarar la insubsistencia**. No prospera en consecuencia la censura por tal omisión, la cual sólo podría tener consecuencias de tipo disciplinario más no tiene la capacidad para enervar el acto acusado (Resaltado fuera del texto).

5.7. DEL CASO CONCRETO

Tal como quedó consignado en párrafos anteriores el cargo de Procurador Judicial que ejercía el demandante en la Procuraduría General de la Nación para la época del retiro (18 de marzo de 2009) y de la presentación de esta demanda (19 de octubre de 2009) tenía naturaleza de libre nombramiento y remoción, por lo que el hecho de que en el año 2013 la H. Corte Constitucional hubiera declarado inexecutable el numeral 2º del artículo 280 del Decreto Ley 262 de 2000 y, como consecuencia, hubiera convertido dichos cargos en provisionales no convierte en ilegal el Decreto 392 del 18 de marzo de 2009, por medio del cual fue declarado insubsistente.

Lo anterior porque las sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional tienen efectos ex nunc, esto es, *"- desde entonces- a partir de la declaratoria de inexecutable, lo cual protege principios como la*

*seguridad jurídica y la buena fe, pues, hasta ese momento la norma gozó de presunción de constitucionalidad"*⁷⁰. Además, como se expuso en precedencia, que el actor en su demanda no propuso excepción de inconstitucionalidad de dicha norma, ni alegó que la verdadera naturaleza de su cargo fuera de carrera, ni que su vinculación tuviese carácter provisional, así como tampoco que el acto de desvinculación tuviese que ser motivado.

Ahora, téngase en cuenta que la parte actora en los alegatos de conclusión mencionó que el acto demandado también estuvo viciado de nulidad por falta de motivación, comoquiera que el cargo que ocupaba el demandante era de carrera administrativa y no de libre nombramiento y remoción, lo que implicaba que el acto que lo retiraba del servicio debía ser debidamente motivado.

Al respecto se encuentra que los argumentos que al respecto hizo el actor en los alegatos de conclusión no pueden ser tenidos en cuenta para determinar la configuración de una causal de nulidad no invocada en su debida oportunidad, teniendo en cuenta, además, como se expuso en precedencia, que en la demanda no invocó la excepción de inconstitucionalidad de la norma que clasificaba su empleo como de libre nombramiento y remoción, ni alegó haber ejercido en provisionalidad un cargo cuya verdadera naturaleza era de carrera administrativa, ni que por tal razón era necesario motivar su retiro del servicio.

Así las cosas, la decisión de retirarlo no debía estar expresamente motivada, sino que se presume inspirada en mejorar la prestación del servicio.

Ahora bien, el demandante pretende que se declare la nulidad del Decreto 392 del 18 de marzo de 2000, por medio del cual el Procurador General de la Nación declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador II, Judicial II Penal de Bogotá. Asegura que ese acto administrativo se expidió

⁷⁰ Sentencia T-121 de 2016.

con falsa motivación, desviación y abuso de poder, razón por la que esta jurisdicción debe declarar su nulidad y ordenar el respectivo restablecimiento de sus derechos.

Como primera medida debe resaltarse que, contrario a lo afirmado en la demanda y de acuerdo con lo ordenado por el artículo 177 del C.P.C, le corresponde a la parte accionante la carga de probar que el retiro del servicio, en tratándose de un servidor de libre nombramiento y remoción como en el presente asunto, no se hizo con el propósito del mejoramiento del servicio, sino con otro propósito personal o caprichoso, lo cual tornaría en ilegal el acto de retiro por desviación de poder.

En ese orden de ideas, le corresponde al demandante probar que el Procurador General de la Nación al proferir el Decreto No. 392 del 18 de marzo de 2009, por medio del cual se decidió declarar insubsistente el nombramiento del accionante, no tenía como propósito el mejoramiento del servicio, sino un interés personal, caprichoso o político, totalmente alejado del fin pretendido por el Legislador al facultarlo con la potestad nominadora.

Así lo ha sostenido la jurisprudencia del H. Consejo de Estado⁷¹ en la que al respecto ha reiterado lo siguiente:

La Sala señala, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el fin que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; de manera pues, que este vicio se reconoce, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse.

Aunado a lo anterior, la Alta Corporación hizo algunas precisiones sobre la carga de la prueba de la desviación de poder del acto demandado, así:

La desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos ha sido concebida como aquella intención desviada del interés general, generada por un funcionario público que profiere una decisión con

⁷¹ Consejo de estado – sentencia del 19 de abril de 2012. Magistrado Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicado: 05001 23 31 000 2001 04305 01 [0450-2011].

competencia de acuerdo a las formas prescritas en la ley. En ese escenario debe analizarse subjetivamente el fin perseguido por el nominador para establecer si coincide o no con aquel para el cual le fue conferido el poder. La jurisprudencia y la doctrina reiteradamente han reconocido que esta causal subjetiva no es fácil de probar y por ello ha considerado que son válidas las pruebas indirectas o indiciarias, para llevar al juez a la certeza de que el ejercicio del poder discrecional fue arbitrario. Esa carga probatoria sin duda le corresponde a quien invoca el derecho tal y como lo disponía el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, hoy 167 del Código General del Proceso, al señalar que: "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", dado que se enfrenta a uno de los pilares del acto administrativo como es la presunción de legalidad (Destaca la Sala) ⁷².

Si bien el demandante manifiesta que no debió ser retirado de su cargo porque durante el tiempo en que ejerció como Procurador 2 Judicial II Penal de Bogotá cumplió cabalmente sus funciones, nunca le hicieron un llamado de atención, estuvo a cargo de asuntos de trascendencia nacional y, pese a un ataque terrorista del que fue víctima, siguió ejerciendo con ímpetu las labores que le fueron asignadas, lo cierto es que el buen desempeño en el ejercicio de las funciones es una obligación legal y constitucional y la ausencia de investigaciones disciplinarias no generan fuero de estabilidad alguno.

La Sala no desconoce las calidades y competencias ostentadas por el accionante para el ejercicio del cargo, las cuales se encuentran demostradas en el expediente, de ahí que se le hayan asignado casos de trascendencia nacional, sin embargo, las mismas no tienen la virtualidad para tornar en ilegal el acto administrativo de retiro proferido.

En cuanto a la falta de anotación de los motivos del retiro en la hoja de vida, aunque el demandante considera que la entidad vulneró el derecho fundamental al debido proceso y derecho de defensa al no consignar en la hoja de vida los motivos de la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento, debe resaltarse que dicha constancia no hace parte del acto administrativo, y jurisprudencialmente se ha dicho que "(...) si la ley permite la remoción del empleado sin consignar los motivos, mal puede ser

⁷² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA- SUBSECCION B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, 20 de agosto de 2015. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00254-01(1847-12).

causa de anulación no dejar registradas las razones para declarar la insubsistencia"⁷³.

Aunque el demandante considera que de haber consignado las razones de la declaratoria de insubsistencia en la hoja de vida hubiera podido ejercer el derecho de defensa y debido proceso, debe recordarse que no era necesario que el Procurador General de la Nación iniciara un trámite administrativo de naturaleza disciplinaria que culminara con la decisión de declarar insubsistente un nombramiento a modo de sanción, debido a que la facultad discrecional es diferente a la facultad sancionatoria y para ejercer la facultad discrecional no se requiere agotar ningún trámite previo que se deba poner en conocimiento del interesado a efectos de que ejerza su derecho de defensa.

Ahora bien, para la Sala no resultó demostrado que el retiro del actor fuera una retaliación por haber solicitado el pago de la bonificación por compensación, como afirma el actor. Según los documentos aportados se evidencia que el accionante pidió el pago de mencionada prestación ante la Procuraduría General de la Nación en el año 2004 y la entidad a través de la Resolución No. 091 del 26 de marzo del mismo año (fl. 88) negó el pago pretendido, sin embargo, no obra prueba que permita inferir que su nominador hubiera tenido la intención de retirarlo por no acogerse al Decreto 4040 de 2004, ni mucho menos porque hubiera tenido que pagarle la bonificación por compensación referida en la demanda.

De otra parte, como se explicó en precedencia, en los cargos de libre nombramiento y remoción, la confianza entre el nominador y quien ejerce el cargo público se torna en un elemento esencial a la hora de determinar la permanencia o no en el cargo, es decir, que en el presente asunto bien podía el Procurador General de la Nación, en su condición de nominador, disponer el retiro del actor, por el simple hecho de que dicho elemento haya desaparecido.

⁷³ Sentencia proferida el 21 de abril de 2005 por el H. Consejo de Estado, Magistrada Ponente Margarita Olaya Forero, radicación número: 25000-23-25-000-1999-04366-01 (1480-04), citada en precedencia.

La decisión discrecional para el presente asunto está en cabeza del Procurador General de la Nación, quien ejerce la facultad nominadora; por ello, no es de recibo el argumento de que el retiro del señor LEONARDO MARTÍNEZ BEJARANO está directamente relacionado con la llegada de los señores GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN, ANA MARÍA GARZÓN BOTERO y ALEXANDRA VALENCIA MOLINA, quienes eran personas de confianza del alto funcionario y con quienes no tenía buenas relaciones debido a que se habían encontrado en audiencias en las que él tuvo la Agencia Especial.

Aunque el demandante quiso demostrar que efectivamente había compartido escenarios judiciales con ellos y que había cierto malestar por asuntos en los que él había actuado como Ministerio Público y ellos como Fiscales, lo cierto es que ello no prueba que el acto administrativo esté viciado de nulidad.

Tampoco se puede desconocer que las fechas de ingreso de los señores GABRIEL RAMÓN JAIMES DURÁN, ANA MARÍA GARZÓN BOTERO y ALEXANDRA VALENCIA MOLINA son concomitantes con el retiro del demandante. Sin embargo, esto no tiene la entidad suficiente para considerar que su retiro obedeció a la enemistad que había entre ellos, máxime porque tal como se enunció en las pruebas aportadas, los nombramientos de las señoras ANA MARÍA GARZÓN BOTERO y ALEXANDRA VALENCIA MOLINA también fueron declarados insubsistentes con posterioridad, lo que significa que a pesar de ser las funcionarias de confianza del Procurador General de la Nación, este consideró que no eran trascendentales para el cumplimiento de los fines de la entidad, tal como ocurrió con el demandante.

En conclusión, no se allegaron las pruebas necesarias para demostrar la falsa motivación, ni la desviación y abuso de poder. La parte actora se limitó a manifestar que el acto administrativo se expidió con fines distintos al mejoramiento del servicio, pero para la Sala no se probó que el Procurador General de la Nación haya desmejorado la prestación del mismo. Si bien el

nombramiento de su remplazo no fue inmediato, lo cierto es que tampoco se demostró que los procesos a cargo se hayan dejado durante ese lapso sin ningún tipo de intervención por parte de la Procuraduría General de la Nación y, además, teniendo en cuenta que es al Procurador General directamente a quien le corresponde efectuar los nombramientos, es apenas lógico que por cuestiones de disponibilidad de tiempo este no pueda efectuarse de un día para otro.

En resumen, las pruebas arrojadas al proceso no constituyen elemento probatorio alguno que acredite la intención del nominador en orden a proferir un acto administrativo con fines distintos al del buen servicio público, del que se pueda colegir irregularidad en la expedición del acto que se demanda, que sería el fundamento de la falsa motivación, desviación y abuso de poder que se le endilga al acto de remoción del demandante.

En lo que respecta al desmejoramiento del servicio porque la entidad tuvo que nombrar dos personas para asumir las funciones que el demandante venía desempeñando, debe decirse que esa situación no resultó probada en el proceso, comoquiera que el Procurador General de la Nación tiene la facultad de organizar a los funcionarios y empleados en la forma que considere pertinente a fin de cumplir los propósitos de la entidad.

Por otra parte, el hecho de que no se haya designado un remplazo en forma inmediata no demuestra que el servicio fue desmejorado, así como tampoco el hecho de que su carga laboral haya sido asignada a una o varias personas implica que dejó de prestarse un buen servicio, puesto que el Procurador General tiene la potestad de organizar a sus empleados en la forma como lo considere pertinente a efectos de mejorar el servicio público.

Así, el hecho de que las funciones que venía desempeñando el demandante se hayan asignado a dos personas diferentes, no significa, como quiere hacerlo ver el demandante, que la entidad haya tenido que incurrir en el pago de dos personas más para asumir las funciones que hasta

ese momento venían en cabeza del señor MARTÍNEZ BEJARANO, sino simplemente da cuenta de una redistribución de funciones en la entidad.

Ahora bien, debe aclararse que en la demanda nunca se cuestionó el cumplimiento de los requisitos de los señores SONIA ESPERANZA GARCÍA DE SARMIENTO y RUBÉN DARÍO ESCOBAR CARDONA para ejercer el cargo ocupado por el demandante, sino la idoneidad y experiencia para ocuparlo. En tal sentido, el demandante adujo que se desmejoró el servicio por el hecho de que la señora GARCÍA DE SARMIENTO viniera de Leticia y no tenía experiencia en Tribunales ni en justicia especializada.

Al respecto cabe recordar que previo al nombramiento del actor en el cargo del cual fue declarado insubsistente, él ejerció en Villavicencio y ello no fue un inconveniente a la hora de ejercer las funciones que le fueron encomendadas, precisamente porque él era un profesional del derecho que bien podía ejercer con solvencia esa labor. Además, tal como se enunció en el acápite de pruebas, la señora GARCÍA DE SARMIENTO tenía experiencia como Juez Penal Municipal y Fiscal Seccional, esto es, en el mismo campo que tenía experiencia el señor MARTÍNEZ BEJARANO antes de posesionarse en el cargo del cual fue removido.

La parte actora no demostró que con el nombramiento de RUBÉN DARÍO ESCOBAR CARDONA o SONIA ESPERANZA GARCÍA DE SARMIENTO se hubiera desmejorado la prestación del servicio, por el contrario, el Procurador General de la Nación está facultado para designar funciones a sus empleados según las necesidades del servicio, por lo que bien podía distribuir mejor la carga laboral que hasta ese momento tenía el demandante.

En conclusión, la parte actora no logró desvirtuar la legalidad del acto administrativo demandado, razón por la que se negarán las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRASE no probada la excepción de "*Ineptitud sustantiva de la demanda por violación del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo*" propuesta por la Procuraduría General de la Nación.

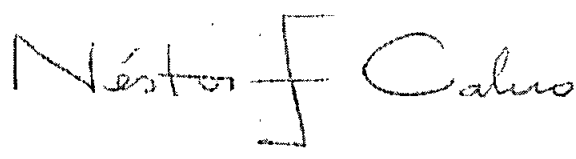
SEGUNDO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva.

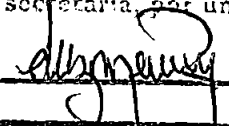
TERCERO: Sin costas en la instancia.

CUARTO: Una vez en firme esta providencia **DEVUÉLVASE** a la parte actora la suma consignada para gastos del proceso, y **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.


BEATRIZ HELENA ESCOBAR ROJAS
Magistrada


NÉSTOR JAVIER CALVO CHAVES
Magistrado

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA	
SECCIÓN SEGUNDA (2)	
CONSTANCIA DE FIJACIÓN	
EDICTO # 5822	
Bogotá, D.C.	19 NOV 2020
HAGO CONSTAR que para notificar a las partes la anterior SENTENCIA se fijó el EDICTO en un lugar público de la secretaría, por un término legal.	
Oficial mayor	

NOV 10 '20 PM 5:13