

REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017).

Expediente: **11001-3342-051-2016-00337-00**
Demandante: **GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ**
Demandado: **NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 114

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovida por Gustavo Guaba Meléndez, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.046.386, contra la Nación-Procuraduría General de la Nación.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES

El demandante solicitó la nulidad del Decreto No. 3909 del 3 de septiembre de 2015, expedido por el procurador general de la Nación, en su numeral 1º, que dispuso culminar la vinculación laboral en provisionalidad del señor Gustavo Guaba Meléndez, quien se desempeñaba en el cargo de secretario código 5SE grado 08, y la nulidad del Oficio No SG-004504 del 14 de septiembre de 2015, expedido por la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual se comunica el retiro del servicio al actor.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó: i) se reintegre al demandante en el cargo de secretario código 5SE grado 08 que venía desempeñando en dicha entidad, declarando igualmente la no solución de continuidad en la prestación de sus servicios por el periodo en que el demandante ha permanecido cesante; ii) reconocer y pagar la totalidad de los salarios, primas de todo orden, aportes a seguridad social y en general todos los factores salariales y prestacionales dejados de percibir por el demandante desde su vinculación del servicio hasta su reintegro efectivo al mismo; iii) aplicar la corrección monetaria y/o índice de precios al consumidor o al por mayor, como lo indica expresamente el Artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y los intereses moratorios sobre dicha sumas causadas en los términos previstos en el Artículo 192 y numeral 4º del Artículo 195 del CPACA; iv) dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto en los Artículos 192 y 195 del CPACA.

2.2. HECHOS

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, el apoderado del demandante adujo que prestó sus servicios a la Procuraduría General de la Nación el 4 de junio de 2002. Posteriormente, en virtud del Decreto 726 del 24 de febrero de 2015, suscrito por la viceprocuradora general de la Nación, fue designado en el cargo de secretario código 5SE grado 08 en la Viceprocuraduría General, con funciones en la División de Registro y Control y Correspondencia.

Afirmó que, el 16 de septiembre de 2015, al demandante le fue entregado el Oficio No. SG-004504 del 14 de septiembre de 2015, mediante el cual se le comunicó "...mediante el Decreto 3909 del 03 de septiembre de 2015, en aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución 463 del 11 de octubre de 2013 nombró al (a) señor (a) MARIBEL LUZ BOLÍVAR PÉREZ, en el cargo de secretario código 5SE, Grado 08 del despacho de la Viceprocuradora General, que actualmente ocupa usted en provisionalidad".

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por otro lado, adujo que, según el Artículo 2º de la Resolución No. 254 de 2012, respecto del empleo de secretario código 5SE grado 08, solo fue convocada respecto de 5 empleos, únicamente adscritos a la Regional de Antioquia y Santander, a la Provincial de Barraquilla, a la División Administrativa- Centro de Atención al Público Bogotá, dependencia esta última adscrita a la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría.

Posteriormente, mediante Decreto 3909 del 03 de septiembre de 2015, expedido por el Procurador General de la Nación, en su Artículo 1º, se dispuso lo siguiente: "*ARTÍCULO PRIMERO: Nombrase en periodo de prueba, por un término de cuatro (4) meses, MARIBEL LUZ BOLÍVAR PÉREZ, identificado (a) con la Cédula de Ciudadanía número 32.830.958, en el cargo de Secretario, Código 5SE Grado 08, del Despacho de la Viceprocuraduría General*".

Por otro lado, indicó que, mediante Resolución No. 254 del 09 de agosto de 2012, expedida por el procurador general, se dio apertura y reglamentó el proceso de selección. Refirió que el Artículo 2º de dicha resolución, respecto del empleo de secretario 5SE grado 08, ofertó un total de 5 cargos para los Departamentos de Antioquia, Atlántico, Bogotá y Santander.

Señaló que la Corte Constitucional, en la Sentencia T-147 de 2013, determinó que la Convocatoria No. 2012-012 debía realizarse sobre la totalidad de los empleos de secretario código 5SE grado 08.

Indicó que, mediante Resolución No. 463 del 11 de octubre de 2013, se estableció la lista de elegibles de la cual la señora Maribel Luz Bolívar Pérez ocupó el puesto número 14 y fue nombrada en periodo de prueba, mediante Decreto 3909 del 03 de septiembre de 2015, en el cargo de secretario código 5SE grado 08 del despacho de la Viceprocuraduría General.

Finalmente, adujo que el anterior nombramiento no se efectuó en la División Administrativa- Centro de Atención al Público Bogotá, dependencia esta última adscrita a la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría sino al despacho de la Viceprocuraduría General, es decir que la provisión del empleo no se hizo en cumplimiento del formato de convocatoria No. 2012-012.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 25, 29, 113, 118, 125 y 279
- Decreto Ley 2400 de 1968, Artículo 5
- Ley 61 de 1987, Artículo 4
- Ley 27 de 1992, Artículo 10
- Ley 443 de 1998, Artículo 8
- Ley 909 de 2004, Artículos 7 y 25
- Decreto Ley 262 de 2000, Artículos 158 numeral 6 y 188
- Decreto 1227 de 2005, Artículo 8; Decretos 1937 y 4968 de 2007.
- CPACA, Artículo 138.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El apoderado del demandante argumentó que son de aplicación especial al régimen de carrera de los servidores de la Procuraduría General de la Nación las disposiciones del Decreto Ley 262 del 22 de febrero de 2000 que, entre otros aspectos, modifican el régimen de ingreso, permanencia y retiro de la carrera administrativa de la Procuraduría.

Así mismo, refiere que la entidad demandada expidió la Resolución No. 254 del 09 de agosto de 2012, en la cual se dio apertura del proceso de selección de personal que se hizo para proveer únicamente 335 cargos de carrera de esa entidad, a través de 76 convocatorias, dentro de los cuales se encontraban solamente cinco cargos de secretario 5SE grado 08.

Hizo referencia a la Sentencia T-147 de 2013 y coligió que quienes estén ocupando cargos en provisionalidad no deben ser retirados de sus puestos si se ordenó ofertar solo algunos de los

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELENDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

cargos de secretario código 5SE grado 08, pues la Corte previó que debían ser la totalidad de todos éstos para proveerlos.

Expuso que la entidad demandada desconoció las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, toda vez que en el caso del retiro del servicio del actor no se produce por causa de dar cumplimiento pleno al proceso de ingreso y escalafonamiento en la carrera administrativa que se aplica de forma íntegra a la planta de personal de la Procuraduría, pues la provisión del empleo de carrera respecto del cual se dice retirar, producto de un procedimiento previo, solo fue respecto de los cargos que estaban adscritos a la Regional de Antioquia y Santander, a la provincial de Barranquilla, a la División Administrativa- Centro de Atención al Público Bogotá, como se indicó en el formato de convocatoria 2012-012 y Resolución No. 254 de 2012.

Adujo que existe falsa motivación de los actos acusados ya que el procedimiento de aprovisionamiento del empleo es igualmente contrario a la Ley y la jurisprudencia, bajo el entendido de que, por un lado, la Procuraduría en la Convocatoria 2012-012, solo lo hizo respecto de 5 empleos para aprovisionar el cargo de secretario 5SE-08, cuando existe en la planta de personal un número superior a los citados 5 empleos, debiendo sobre este aspecto haber efectuado la convocatoria sobre la totalidad de esos empleos con código y grado de denominación y no solo los que estaban adscritos a la Regional de Antioquia y Santander, a la Provincial de Barranquilla, a la División Administrativa- Centro de Atención al Público Bogotá, omitiendo hacer la convocatoria respecto de todos los empleos de secretario 5SE-08 existentes en la planta de personal y que funcionan a lo largo y ancho de todo el país en las diferentes regionales y dependencias de la Procuraduría General de la Nación, conforme a la Sentencia T-147 de 2013 y Autos 273 de 2013 y 369 A de 2015.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 98-111):

Admitida la demanda mediante auto del 31 de mayo de 2016 (fl. 65) y aclarado mediante auto del 21 de junio de 2016 (fl. 69), y notificada en debida forma, conforme allí se dispuso (fls. 79-81), la entidad demandada presentó escrito de contestación, en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y se refirió a todos y cada uno de los hechos que la fundamentan.

Trajo a colación las Sentencias de constitucionalidad C-1148 de 2003, C-281 de 2007, C-319 de 2010 y C-942 de 2003, y concluyó que con base en dichos pronunciamientos se procedió a dar aplicación a las listas vigentes, en los términos del Artículo 216 del Decreto 262 de 2000, siguiendo con las reglas de la convocatoria "Procurando Mérito y Rectitud 2012-2013", que en el Artículo 2º de la Resolución 254 de 2012, indicó que la convocatoria definía las reglas del concurso y son obligatorias tanto para la administración como para los participantes, de forma que los nombramientos derivadas de las listas de elegibles se deben dar en cumplimiento del Artículo 216 del precitado decreto, por expresa remisión del Artículo 6º de la Resolución 254 de 2012 que establece "*...la lista de elegibles se elaborará en riguroso orden de mérito por cada convocatoria. Tendrá vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su publicación, en concordancia con lo establecido en el artículo 216 del Decreto Ley 2000*".

Agregó que el régimen especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación contempló la utilización obligatoria de las listas de elegibles durante el término de su vigencia (2 años), en virtud de los principios de economía, eficacia y celeridad que rigen la función pública, pues al permitir la utilización de las listas de elegibles para proveer cargos vacantes distintos a los de la convocatoria se evita que la administración incurra en los costos que implica, tal y como lo ha indicado la Corte Constitucional en los pronunciamientos citados.

Adujo que la entidad demandada actuó por medio del imperativo legal consagrado en el Artículo 216 del Decreto 262 de 2000, en el sentido de que el procurador general de la Nación deberá utilizar la lista de elegibles para proveer, entre otros, los cargos iguales a los convocados, para los cuales se requieran los mismos requisitos, fue que se procedió a dar por terminado el nombramiento provisional que ostentaba el actor, por el mejor derecho que ostenta aquél que ingresó, superó y se encuentra enlistado para ocupar un cargo de carrera administrativa independientemente que dicho cargo haya sido ofertado, pues lo que se busca

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

con la actuación es evitar que la administración incurra en los altos costos que implica volver hacer un concurso de méritos.

2.6. CONTESTACIÓN LITISCONSORTE MARIBEL LUZ BOLÍVAR PÉREZ (fls. 128-142):

Señaló que no es válido sostener, como afirma el demandante, que no se expusieron las motivaciones correspondientes que justificaron la separación del servicio del señor Gustavo Guaba Meléndez, por cuanto dicha motivación lo constituyó el nombramiento en periodo de prueba por el término de 4 meses de la señora Maribel Bolívar Pérez, por haber ganado el concurso de méritos 2012-012, lo cual trajo como consecuencia que a partir de su posesión culminara la vinculación laboral que el señor Guaba Meléndez tenía en provisionalidad con la Procuraduría General de la Nación en el cargo de secretario código 5SE grado 08 del despacho de la viceprocuradora general de la Nación.

Agregó que el número de cargos convocados también incluía a la ciudad de “Bogotá”, por lo que bien pudo la entidad demandada escoger a la señora Maribel Bolívar de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 463 de 2013, para nombrarla en el cargo que venía ocupando en provisionalidad el demandante, máxime cuando la planta es global, pudiendo el nominador disponer de ella a fin de cumplir el deber de nombrar a quienes, por virtud del derecho al mérito, conforman la lista de elegibles para proveer los cargos de la Procuraduría en todo el territorio nacional, incluida la ciudad de Bogotá.

Refirió que, si bien el número de cargos convocados fue de cinco para el código y grado 5SE-08, según se observa en el Artículo 2 de la Resolución No. 254 de 2012, no lo es menos que en el inciso final del Artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2002, se establece lo siguiente: *“Efectuados los respectivos nombramientos para proveer los empleos objeto de la convocatoria y otros iguales a éstos, se retirarán de la lista de elegibles los servidores en los que haya 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, la no aceptación del nombramiento no constituye causal para la exclusión de la lista de elegibles”*.

2.7. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 20 de enero de 2017, como consta a folios 178-179 del plenario, y en desarrollo de la misma, una vez saneado el proceso, se fijó el litigio y se dispuso el decreto y práctica de pruebas.

2.8. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos de la parte actora (fls. 519-521): La parte demandante presentó alegatos de conclusión en el que señaló que, si bien el demandante se encontraba regido por una modalidad especial propia de la carrera especial de la Procuraduría en virtud de su nombramiento en provisionalidad, es decir, ocupando un cargo que es propio de la carrera administrativa, en términos de los pronunciamientos de la Corte Constitucional invocados se había dispuesto la iniciación de los respectivos concursos en orden a proveer los cargos de carrera, pero no se cumplió en los términos de los fallos constitucionales, pues no se ofertó en legal forma la integridad de las vacantes existentes en la planta de personal.

Alegatos de la entidad demandada (fls. 509-518): El apoderado del extremo pasivo presentó escrito de alegaciones finales en el que sostuvo que la desvinculación del demandante en el cargo de secretario grado 08 se dio en estricta aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 463 del 11 de octubre de 2013.

Afirmó que, si bien es cierto dentro de la Convocatoria No. 2012-015 se ofertaron tan solo 4 empleos, también lo es que ello no impide que el nominador pueda seguir agotando la lista de elegibles con otros cargos iguales a los ofertados en la convocatoria. Precisamente, esta facultad de seguir agotando las listas durante el término de su vigencia, que para el caso de la

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procuraduría es de dos años contados a partir de su publicación, está dada en el inciso 5º del Artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, el cual autoriza que el nominador nombre en cargos que no fueron objeto de la convocatoria, siempre y cuando sean iguales a los ofertados, misma naturaleza y denominación.

Alegatos litisconsorte Maribel Luz Bolívar Pérez (fls. 503-508): El apoderado de la litisconsorte insistió en señalar que el procurador general de la Nación ha dado cumplimiento a la normatividad aplicable para estos casos, teniendo como referente que utilizó la lista en el estricto orden descendente hasta llegar a la señora Maribel Luz Bolívar Pérez, a fin de proveer las vacantes existentes no solo en el empleo objeto de convocatoria sino de aquellos otros iguales para los que se exigían los mismos requisitos, tal como ocurrió en el presente caso con el cargo que venía ocupando en provisionalidad el señor Guaba Meléndez, donde fue nombrada la litisconsorte para que ejerciera sus derechos constitucionales al mérito, al trabajo, a desempeñar funciones públicas y acceder a un cargo público previo concurso.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ debe ser restituido al cargo de secretario código 5SE grado 08 del cual fue declarado insubsistente mediante el Decreto No. 3909 del 03 de septiembre de 2015 y el oficio No. SG-004504 del 14 de septiembre de 2015, proferidos por la Procuraduría General de la Nación.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrimado al plenario.

Acervo Probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Por medio del Decreto 726 del 24 de febrero de 2015, la entidad demandada nombró en provisionalidad hasta por seis meses al demandante en el cargo de secretario, código 5SE grado 08 del despacho del viceprocurador general, con funciones en la División de Registro y Control y Correspondencia (fl. 7).
2. Luego por Decreto No. 3197 del 14 de agosto de 2015, la entidad demandada prorrogó el nombramiento del demandante hasta por seis meses, en el cargo de secretario código 5SE grado 08 (fl. 6).
3. Por Decreto No. 3909 del 03 de septiembre de 2015, se nombró en periodo de prueba por el término de 4 meses a la señora Maribel Luz Bolívar Pérez, en el cargo de secretario código 5SE grado 08 del despacho de la viceprocuradora general, y culminó la vinculación en provisionalidad del demandante en dicho cargo (fl. 3).
4. Mediante oficio No. 004504 del 14 de septiembre de 2015, se comunicó al demandante que, por Decreto No. 3909 del 03 de septiembre de 2015, en aplicación de la lista de elegibles contenida en la Resolución No. 463 del 11 de octubre de 2013, nombró a la señora Maribel Luz Bolívar Pérez en el cargo de secretario código 5SE grado 08 del despacho de la viceprocuradora General. Así mismo, le informó que a partir de la posesión de dicha persona culminaba su vinculación laboral a la entidad (fl. 4).
5. Obra la Convocatoria No. 2012-012 del concurso abierto de méritos "procurando mérito y rectitud 2012-2013", para proveer el cargo de carrera de secretario código y grado 5SE-08, en las ciudades de Medellín, Barranquilla, Bogotá y Bucaramanga, en la dependencias Regional

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Antioquia, Provincial Barranquilla, División Administrativa, División Centro de Atención al Público y Regional Santander, con un número total de convocados de 5 (fls. 11-14).

6. Mediante Resolución No. 254 del 09 de agosto de 2012, la Procuraduría General de la Nación dio apertura y se reglamentó el proceso de selección “procurando mérito y rectitud 2012-2013” (fls. 18-34).

7. Por Resolución No. 463 del 11 de octubre de 2013, la Procuraduría General de la Nación estableció una lista de elegibles para el cargo de secretario código y grado 5SE-08, conformada por 33 personas, entre las cuales la señora Maribel Luz Bolívar Pérez ocupa el puesto 14 (fls. 15-17).

8. Por otro lado, obra certificación laboral, expedida por la Procuraduría General de la Nación, en donde hace constar que el actor laboró en dicha entidad desde el 29 de abril de 1996 hasta el 08 de octubre de 2015, y el último cargo desempeñado fue el de secretario grado 8 con funciones en la División de Registro y Control y Correspondencia, desde el 05 de enero de 2010 hasta el 08 de octubre de 2015 (fls. 217-218).

9. A folios 220 a 221, obran las funciones del cargo de secretario 5SE-08.

10. Obra declaración por certificación del procurador general de la Nación, de la cual se desprende lo siguiente (fls. 318—319):

“(…)

d. Que certifique si respecto del demandante existían razones de servicio, disciplinarios, malos comportamientos, deshonestidad, deficiencia profesional o técnica en el ejercicio de sus funciones. En caso afirmativo, que precise los términos y circunstancias de la certificación y envíe fotocopia de los documentos que sirvan de respaldo para la misma.

Revisada la hoja de vida del señor Gustavo Guaba Meléndez, no se encontró documentación alguna relacionada con “malos comportamientos, deshonestidad, deficiencia profesional o técnica en el ejercicio de sus funciones.

Por otro lado, consultado el certificado de antecedentes disciplinarios del demandante, se advierte que a la fecha no reporta anotación alguna.

e. Precise si las resoluciones por las cuales se producen las separaciones de los cargos de esta entidad, son ordenadas por él o si se producen al arbitrio de otros funcionarios.

La Constitución Política en su artículo 278 numeral 6º, estableció como función del Procurador General de la Nación la de “nombrar y remover, de conformidad con la Ley, los funcionarios y empleados de su dependencia”, es decir, que como nominador le prorrogó al Jefe del Ministerio Público la facultad de nombrar y remover a todos los servidores de la Procuraduría General de la Nación, función que en los términos dispuestos en la norma ibídem no se puede delegar.

Para casos como el sub examine, la Procuraduría General de la Nación, da estricto cumplimiento a lo establecido en el artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-1148 de 2003.”

11. A folios 323 a 324, obra certificación del jefe de la Oficina de Selección y Carrera respecto de la Convocatoria 2012-012.

12. Obra oficio No. 00333 del 10 de febrero de 2017, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación da respuesta a este despacho de lo solicitado en oficio No. 0087/J51AD del 20 de enero de 2017 (fls. 389).

13. Por otro lado, obra certificación expedida por la Procuraduría General de la Nación, en la cual hace referencia a que 10 funcionarios ingresaron al sistema de carrera de la entidad, como resultado de la lista de elegibles (Resolución 463 de octubre 11 de 2013) originada en el proceso de selección “Procurando Mérito y Rectitud 2012-2013”, una vez superaron el periodo de

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

prueba, entre los cuales se encuentra la señora Maribel Luz Bolívar Pérez, la cual se desempeñó en periodo de prueba del 09 de octubre de 2015 al 08 de febrero de 2016 con un resultado de sobresaliente (fl. 390).

14. La entidad demandada allegó los estudios previstos y la descripción de la necesidad de abrir un concurso y todo lo relacionado con el estudio de factibilidad (fls. 397-460).

15. Cuaderno administrativo del actor (anexo).

Régimen de carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación.

El Artículo 125 constitucional dispone que los empleos de las entidades del Estado son de carrera administrativa como regla general, salvo los de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

Así mismo, en virtud de los Artículos 113 y 118 de la Constitución Política, la Procuraduría General de la Nación se instituye como un órgano autónomo e independiente. A su vez, en virtud del Artículo 279 Superior, se establece que la Ley será la que determine lo atinente a la estructura y funcionamiento de dicha entidad y la que regule lo relativo "**al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.**" (Negritas fuera del texto original).

Mediante el Artículo 1º numeral 4 de la Ley 573 de 2000, se revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley para: "*Modificar la estructura de la Procuraduría General de la Nación, así como su régimen de competencias y la organización de la Procuraduría General de la Nación e igualmente la del Instituto de Estudios del Ministerio Público, así como el régimen de competencias interno de la entidad y dictar normas para el funcionamiento de la misma; determinar el sistema de nomenclatura, denominación, clasificación, y seguridad social de sus servidores públicos, así como los requisitos y calidades para el desempeño de los diversos cargos de su planta de personal y determinar esta última; crear, suprimir y fusionar empleos en esa entidad; modificar su régimen de carrera administrativa, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores públicos y regular las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.*"

Conforme a las facultades antes mencionadas, se expidió el Decreto 262 de 2000, por medio de cual se modificó la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación, clasificó los cargos de la entidad en dos grupos: i) de carrera administrativa y ii) de libre nombramiento y remoción. El Artículo 182 ibídem dispuso que los procuradores judiciales, entre otros funcionarios de confianza del jefe del Ministerio Público, hacen parte del segundo grupo de funcionarios, bajo el siguiente tenor literal:

"ARTICULO 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."

Así mismo, en dicha norma está contemplado el régimen de carrera administrativa, en donde se establece lo siguiente:

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

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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

ARTÍCULO 184. Provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva. La provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva se hará de acuerdo con el orden de prioridad establecido en el artículo 190 de este decreto. Si no fuere posible, el empleo se proveerá, previo concurso, por nombramiento en período de prueba, o en propiedad cuando se supere el período de prueba o cuando se ascienda sin cambiar de nivel, como resultado de un concurso de méritos.”

(...)

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

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

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

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

Por su parte, el Artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 señala lo siguiente:

“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.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELENDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.”

3.3. Caso concreto

-Infracción a las normas en que debieron fundarse los actos acusados.

Revisado el expediente, se tiene que la entidad demandada adelantó la Convocatoria No. 2012-012 del concurso abierto de méritos “procurando mérito y rectitud 2012-2013”, para proveer el cargo de carrera de secretario código y grado 5SE-08, en las ciudades de Medellín, Barranquilla, Bogotá y Bucaramanga, en las dependencias Regional Antioquía, provincial Barranquilla, División Administrativa, División Centro de Atención al Público y Regional Santander, con un número total de convocados de 5 cargos (fls. 11-14). Lo anterior fue reglamentado por Resolución No. 254 del 09 de agosto de 2012 (fls. 18-34).

Por Resolución No. 463 del 11 de octubre de 2013, la Procuraduría General de la Nación estableció una lista de elegibles para el cargo de secretario código y grado 5SE-08, conformada por 33 personas, entre las cuales la señora Maribel Luz Bolívar Pérez ocupó el puesto 14.

Como consecuencia de lo anterior, el demandante fue declarado insubsistente por medio del Decreto No. 3909 del 03 de septiembre de 2015, y a su vez en dicho acto se nombró en periodo de prueba, por el término de 4 meses, a la señora Maribel Luz Bolívar Pérez, en el cargo de secretario código 5SE grado 08 del despacho de la viceprocuradora general (fl. 3).

Por otro lado, el jefe de la Oficina de Selección y Carrera, mediante certificación, señaló respecto de la Convocatoria 2012-012, lo siguiente (fls. 323-324):

“(…)

En virtud de los requerimientos de orden técnico solicitados, la Comisión de Carrera aprobó entre otras la convocatoria 2012-012, mediante la cual se ofertaron 5 vacantes para aprovisionar el cargo de secretario 5SE 08, adscritos a la Regional de Antioquia, Santander, provincial de Barranquilla, División Administrativa, Centro de Atención al Público. Al respecto se manifiesta que se tuvo en cuenta todas las disposiciones legales las cuales están contenidas en los estudios previos, como también la descripción de necesidad de abrir un concurso y todo lo relacionado con el estudio de factibilidad.

Ahora bien respecto que “si su Despacho posteriormente a los efectos de la convocatoria, tuvo en cuenta o no lo ordenado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-147 de 2013 y Autos 273 de 2013, 369 A de 2015, proferidos dentro del mismo expediente, estos dos últimos referentes a incidente de nulidad e incidente de impacto fiscal con la sentencia T-147/2013, propuestos por esa misma Procuraduría en el sentido de disponer la convocatoria respecto de todos los empleos de Secretario 5SE-08 existentes en la planta de personal de esa procuraduría y no solamente respecto de las dependencias antes precisadas”.

Si bien es cierto que la Corte Constitucional en Sentencia T-147 de 2013, ordenó a la Procuraduría General de la Nación convocar a concurso público de méritos para

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

proveer los cargos de carrera vacantes, con ocasión de la revisión a la acción de tutela instaurada por el señor Bernardo Linares, la misma fue posterior a la convocatoria 2012-2013 "Procurando Mérito y Rectitud".

La Procuraduría General de la Nación, en virtud del artículo 216 del Decreto Ley 2623 de 2000 que establece "... 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...", se dio cumplimiento a la Sentencia T-147 de 2013.-8...)"

Así mismo, obra oficio No. 00333 del 10 de febrero de 2017, mediante el cual la Procuraduría General de la Nación da respuesta a lo solicitado en el oficio No. 0087/J51AD del 20 de enero de 2017, y del cual se extrae lo siguiente (fl. 389):

"(...)

Así mismo, me permito adjuntar certificación expedida por esta Oficina en la que se individualizan diez (10) personas que fueron quienes se nombraron en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 216 íbidem, esto es, *"Formarán parte de la lista de elegibles para el empleo correspondiente los concursantes que obtengan un puntaje igual o superior al 70% del máximo posible en el concurso"* e igualmente en agotamiento de lista de elegibles que superaron el puntaje conforme lo dispone el mismo artículo, vale decir, *"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 empleos de inferior jerarquía..."*

Ahora bien, respecto de la certificación que indique si el cargo de secretario del despacho del viceprocurador General fue ofertado, se precisa lo dicho en párrafo precedente, que de acuerdo con las facultades discrecionales el procurador General de la nación como jefe máximo del organismo describe cuáles son los cargos que puede convocar a concurso, como en efecto sucedió con la convocatoria 2012-012, y por ende, una vez elaborada la lista de elegibles mediante Resolución 463 de 2013 se agotó primeramente aquellos empleos que fueron convocados a concurso, y posteriormente se proveen las vacantes que se presenten en el mismo empleo para los cuales se exige el mismo requisito con las personas que sigue el (sic) lista. Razón jurídica suficiente para ocupar el cargo de secretario código y grado 5SE-08 en cualquier otra plaza o dependencia.

"(...)

Finalmente, respecto cuáles de estos cargos fueron ofertados en la convocatoria 2012-012 nos permitimos reiterar lo dicho anteriormente, en el sentido que los cargos ofertados de secretario código y grado 5SE-08 fueron cinco (5) (...)"

Por otro lado, obra certificación expedida por la Procuraduría General de la Nación, en la cual hace referencia a que 10 funcionarios ingresaron al sistema de carrera de la entidad, como resultado de la lista de elegibles (Resolución 463 de octubre 11 de 2013) originada en el proceso de selección "Procurando Mérito y Rectitud 2012-2013", una vez superaron el periodo de prueba, entre los cuales se encuentra la señora Maribel Luz Bolívar Pérez, la cual se desempeñó en periodo de prueba del 09 de octubre de 2015 al 08 de febrero de 2016 con un resultado de sobresaliente (fl. 390).

Conforme a las pruebas antes relacionadas, se encuentra probado que dentro de la Convocatoria 2012-012, se ofertaron solo 5 vacantes para aprovisionar el cargo de secretario 5SE 08, adscritos a la Regional de Antioquia, Santander, provincial de Barranquilla, División Administrativa, Centro de Atención al Público, dentro de las cuales no estuvo ofertado el cargo que desempeñaba el demandante en provisionalidad en el despacho de la viceprocuradora general.

Así mismo, se tiene que la Corte Constitucional, mediante sentencia T-147 del 18 de marzo de 2013, ordenó a la Procuraduría General de la Nación que dentro de los seis meses siguientes a dicho fallo iniciara los trámites correspondientes para proveer todos los cargos de carrera que eran ejercidos en provisionalidad:

"Por lo anterior, a pesar de los grandes esfuerzos realizados por la Procuraduría General de la Nación se evidencia que a través de estas convocatorias no se han incluido todos los cargos de carrera en esta entidad que en la actualidad se encuentran en provisionalidad, sino solamente algunos de ellos, por lo cual se ordenará a esta entidad

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELENDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que, en el término máximo de seis (6) meses contados a partir de la notificación de este fallo, inicie los trámites para convocar el concurso o concursos públicos necesarios para proveer **todos** los cargos de carrera que en la actualidad son ejercidos en provisionalidad, tal como se ordenó en su momento en relación con la Fiscalía General de la Nación en la sentencia SU 446 de 2011.”

Posteriormente, mediante Resolución No. 463 del 11 de octubre de 2013, se conformó la lista de elegibles para el cargo de secretario 5SE 08 de la Procuraduría General de la Nación, de la cual hacía parte la señora Maribel Luz Bolívar Pérez quien ocupó el puesto 14, y fue nombrada en periodo de prueba en dicho cargo mediante Decreto 3909 del 03 de septiembre de 2015, el cual señaló que a partir de la fecha de posesión de ésta, culminaba la vinculación en provisionalidad del demandante.

Ahora bien, la entidad demandada adujo en la contestación de la demanda y en las pruebas allegadas al proceso que la Corte Constitucional, en Sentencia T-147 de 2013, ordenó a la Procuraduría General de la Nación convocar a concurso público de méritos para proveer los demás cargos de carrera vacantes que no se habían convocado en el concurso de méritos 2012-2013; no obstante, sostuvo la entidad que, basado en lo señalado en el Artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000, dio cumplimiento a dicha orden y procedió a proveer no solo los cargos ofertados sino las demás vacantes existentes en ese momento, con la lista de elegibles que se conformó y se encontraba vigente mediante Resolución No. 463 del 11 de octubre de 2013.

Ahora bien, el despacho encuentra que el Artículo 184 y 190 del Decreto Ley 262 de 2000 disponen:

“ARTÍCULO 184. Provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva. La provisión de los empleos de carrera por vacancia definitiva se hará de acuerdo con el orden de prioridad establecido en el artículo 190 de este decreto. Si no fuere posible, el empleo se proveerá, previo concurso, por nombramiento en período de prueba, o en propiedad cuando se supere el período de prueba o cuando se ascienda sin cambiar de nivel, como resultado de un concurso de méritos.

ARTÍCULO 190. Regulación de la provisión definitiva. La provisión definitiva de los empleos de carrera se hará teniendo en cuenta el siguiente orden de prioridad:

- 1) Con la persona inscrita en la carrera de la Procuraduría General que deba ser trasladada por haber demostrado su condición de desplazada por razones de violencia o corra riesgo inminente su seguridad personal.
- 2) Con la persona que al momento de su retiro de la Procuraduría era titular de derechos de carrera y cuyo reintegro haya sido ordenado por autoridad judicial.
- 3) Con la persona inscrita en carrera de la Procuraduría a la cual se le haya suprimido el cargo y hubiere optado por el derecho preferencial a ser incorporado a empleos equivalentes.
- 4) Con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento, ocupe el primer puesto en la lista de elegibles vigente.”

Conforme a lo anterior, se establece que la provisión de empleos de carrera por vacancia definitiva se debe hacer de acuerdo al orden de prioridad establecido en el Artículo 190, y si no se proveerá, previo concurso de méritos. Ahora bien, el Artículo 190 establece que la provisión de empleos de carrera se debe hacer en un orden de prioridad, en el que contempla en el numeral 4º que se debe hacer *“con la persona que al momento en que deba producirse el nombramiento, ocupe el primer puesto en la lista de elegibles vigente”*.

Aunado a lo anterior, se tiene que el Artículo 216 del Decreto Ley 262 de 2000 establece: *“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. (...) Efectuados los respectivos nombramientos para*

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

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.

El mencionado artículo fue objeto de control de constitucionalidad, mediante Sentencia C-1148 de 2003, por la Corte Constitucional, la cual adujo:

“De la misma manera se cotejarán los artículos 22 de la Ley 443 y el artículo 216 del decreto demandado, cuyo tenor es el siguiente:

(...)

Como se advierte de su análisis, ambos preceptos imponen al nominador el deber de utilizar las listas de elegibles en estricto orden descendente, para proveer las vacantes que se presenten ya sea i) en el mismo empleo o, ii) en otros iguales, para los cuales se exijan los mismos requisitos, o iii) en empleos de inferior jerarquía, alternativas estas que la demandante considera inconstitucionales. En este evento también los contenidos normativos de los apartes acusados de las normas transcritas son idénticos.

Así mismo, en la demanda que la ciudadana Jiménez Arango presentó contra el aparte cobijado con el pronunciamiento de exequibilidad en la Sentencia C-942 de 2003, al igual que lo hizo en la presente acción, sostuvo “*que los apartes acusados consagran ni más ni menos un artificio y un sofisma de distracción en la convocatoria, en perjuicio de quienes concursaron para determinado cargo y, más aún, elimina la expectativa de quienes no se presentaron a concurso, tal como se puede deducir en el ejemplo que propone: si la convocatoria se hace para el cargo de escribiente (cargo de superior entidad), pero todavía no se convoca a concurso para notificador o citador, que es de menor entidad, resulta que de la lista de elegibles de escribiente se puede nombrar en propiedad en cargos de notificador. Es decir que “a pesar de no convocarse públicamente para el cargo de notificador o citador, sin embargo, las vacantes pueden proveerse total y absolutamente.” (fl. 29). Se violan, de esta manera, los artículos 125 y 40, numeral 7, de la Constitución, dado que los cargos se pueden proveer por personas que no concursaron para el respectivo cargo. Además, se vulnera el principio de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta.*”

En estas condiciones, los mismos cargos de inconstitucionalidad que la demandante propuso frente al artículo 22 de la Ley 443 fueron los que formuló contra el aparte acusado del artículo 11 del Decreto - Ley 262 de 2000.

Al respecto la Corte consideró que no existió violación al ordenamiento fundamental, por cuanto con esa disposición “se está fijando el procedimiento y la vigencia de las listas de elegibles. Listas que se conforman mediante la convocatoria pública, en igualdad de condiciones, dirigida a todos los ciudadanos que estén interesados en ingresar a la Administración para proveer los cargos de carrera, y que conocen de antemano cuál será la utilización de las mismas, cómo se proveerán los cargos de acuerdo con el lugar que se ocupe en las listas, en qué cargos y por cuánto tiempo estarán vigentes las listas, etc., lo que descarta la vulneración del principio de la buena fe de que trata el artículo 83 de la Carta.”¹

Adicionalmente precisó que “el esfuerzo administrativo y económico que significa para el Estado hacer las convocatorias, realizar los concursos y conformar las listas de elegibles, debe traducirse en que la Administración saque el máximo provecho de las mismas, durante el término de su vigencia. Lo que redundará en la realización de los principios de la Administración Pública, en la forma establecida en el artículo 209 de la Constitución.”²

Por lo tanto, se tiene que, revisado el Decreto Ley 262 de 2000, norma que regula la carrera administrativa en la Procuraduría General de la Nación, permite no solo utilizar la lista de

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-942 de 2003 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

² *Idem*

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

elegibles que se encuentre vigente para los cargos que hayan sido ofertados en la respectiva convocatoria en ese momento, sino también 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, ya que así lo prevé en el Artículo 216 ibídem, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

- Cargos de falsa motivación y violación al debido proceso y el derecho de defensa.

Adujo el demandante que existió falsa motivación ya que el cargo que desempeñaba el demandante se aprovisionó con una persona que ocupó el puesto 14 dentro de la lista de elegibles, cuando solo se ofertó de 5 empleos de secretario 5SE-08 en la convocatoria realizada por la entidad demandada.

Ahora bien, es del caso primero señalar que en sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010), el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda -consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, radicación número: 25000-23-25-000-2005-01341-02(0883-08), unificó el criterio sobre la motivación de los actos administrativos que declaren la insubsistencia del empleado nombrado en provisionalidad y de aquellos actos que declaren insubsistente a funcionario de libre nombramiento y remoción, así:

“(...)

La motivación del acto de retiro del servicio de empleados nombrados en provisionalidad, aún respecto de aquellos cuyo nombramiento se haya producido en vigencia de la Ley 443 de 1998, y su desvinculación ocurra luego de entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, se justifica en atención a que, de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 41 de la citada Ley 909 de 2004 (que prevé las causales de retiro del servicio de quienes estén desempeñando empleos de libre nombramiento y remoción y de carrera administrativa), la competencia para el retiro de los empleos de carrera (que pueden haber sido provistos a través de nombramientos en provisionalidad), es reglada, esto es, dicho retiro es procedente sólo y de conformidad con las causales consagradas en la Constitución Política y la ley, y el acto administrativo que así lo disponga debe ser MOTIVADO³, de tal manera que, la discrecionalidad del nominador sólo se predica respecto del retiro en empleos de libre nombramiento y remoción, la cual se efectuará mediante acto no motivado (inciso segundo parágrafo 2º, art. 41 Ley 909 de 2004).

Así mismo, en sentencia del Consejo de Estado – Sección Segunda, Subsección B, consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, del doce (12) de abril de dos mil doce (2012), No. referencia: 50001-23-31-000-2005-10278-01(1674-09), sobre la motivación de los actos administrativos de insubsistencia o desvinculación de los empleados en provisionalidad, en cargos de carrera administrativa, en lo siguiente:

“De acuerdo con la jurisprudencia, la desvinculación de los servidores que se encuentran nombrados en provisionalidad debe respetar el derecho al debido proceso, lo cual se concreta en el derecho de esos servidores de que en el acto que dispone su retiro se indiquen las razones específicas de la declaratoria de su insubsistencia. Además, los motivos invocados para justificar la desvinculación deben referirse al servicio; es decir, como se indicó en el acápite 4 de esta providencia, deben responder al interés público. Todo ello persigue evitar arbitrariedades, tratos discriminatorios o favoritismos.”

Del anterior criterio jurisprudencial se colige que el acto de desvinculación de un empleado en provisionalidad en un cargo de carrera administrativa requiere motivación, con el fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa; en consecuencia, la Administración debe motivar el acto administrativo, es decir, explicar las razones de manera clara y precisa, pues la desvinculación de un empleado en un cargo de carrera administrativa (bien sea provisional o de carrera), debe ser reglado⁴.

³ De conformidad con el artículo 10 del Decreto 1227 de 2005 la provisionalidad puede darse por terminada antes de cumplirse el término de duración que se contempla en la misma disposición, mediante resolución motivada.

⁴ Corte Constitucional-Referencia: expediente T-2.534.270, Demandante: Gustavo Andrés Becerra Mejía, Demandado: Procuraduría General de la Nación, Magistrado Ponente: Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil diez (2010).

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Así mismo, lo señaló la Corte Constitucional en el caso específico de la Procuraduría General de la Nación en la Sentencia T-147 de 2013, en el que hace referencia a las reglas de desvinculación de un empleado en provisionalidad expuestas en la SU 917 de 2010, como pasa a verse:

“Por lo anterior, siendo el funcionario nombrado en virtud del artículo 188 del decreto 262 de 2000 un empleado en provisionalidad y no una categoría distinta de servidor público, su desvinculación depende de las reglas generales sobre provisionalidad reconocidas por la jurisprudencia de esta Corporación y señaladas en la sentencia SU 917 de 2010:

“Es por lo anterior por lo que la Corte ha hecho referencia al principio de “razón suficiente” en el acto administrativo que declara la insubsistencia o en general prescinde de los servicios de un empleado vinculado en provisionalidad, donde “deben constar las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado”⁵. En otras palabras, de acuerdo con la jurisprudencia decantada por esta Corporación, “para que un acto administrativo de desvinculación se considere motivado es forzoso explicar de manera clara, detallada y precisa cuáles son las razones por las cuales se prescindirá de los servicios del funcionario en cuestión”⁶.

En este orden de ideas, sólo es constitucionalmente admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria “u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el funcionario concreto”⁷.

En este sentido, para la desvinculación de un funcionario nombrado en provisionalidad en la Procuraduría General de la Nación no basta con el cumplimiento del plazo de seis (6) meses contemplado en el decreto 262 de 2000 si dentro del mismo no se seleccionó por concurso a un funcionario que lo reemplace, tal como lo exige la jurisprudencia de esta Corporación, más aun si el nombramiento es prorrogado, no una sino más de quince (15) veces de manera continua; salvo que la decisión de desvinculación se motive en una razón específica atinente al servicio que está prestando.

Por lo anterior, la motivación debe cumplir con el principio de razón suficiente, es decir, que en el acto administrativo se observen con claridad y detalle “*las circunstancias particulares y concretas, de hecho y de derecho, por las cuales se decide remover a un determinado funcionario, de manera que no resultan válidas aquellas justificaciones indefinidas, generales y abstractas, que no se predicán directamente de quien es desvinculado*”⁹.

Así, para la Corte, una motivación constitucionalmente admisible en estos casos es aquella que se sustenta en argumentos puntuales como lo son la provisión definitiva del cargo una vez superado el concurso de méritos, la calificación insatisfactoria del

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1316 de 2005. En la misma providencia la Corte señaló: “Esta regla encuentra su justificación en el hecho de que la motivación resulta ser necesaria para controvertir dicho acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, y adicionalmente, porque la desvinculación debe obedecer a un principio de razón suficiente, es decir, que deben existir motivos fundados para que la administración prescinda de los servicios de su funcionario. La ausencia de motivación específica, en consecuencia, lesiona los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del trabajador, que de manera provisional, ocupa un cargo de carrera administrativa”.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-104 de 2009, entre muchas otras.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2007.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU 917 de 2010.

⁹ *Ibidem*. Sentencia T-1316 del 13 de diciembre de 2005. MP. Rodrigo Escobar Gil.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

funcionario, la imposición de alguna sanción disciplinaria, y cualquier otra razón específica atinente al servicio que presta el funcionario, excluyendo cualquier tipo de referencia genérica.”

Es de advertir que, si bien puede haber un número determinado de cargos ofertados en el concurso de méritos, para el caso concreto 5 cargos de secretario 5SE-o8, una vez realizadas y culminadas las etapas del proceso de selección puede resultar un número indeterminado de aspirantes que superen dichas pruebas o etapas, con los cuales se conforma la lista de elegibles y se ubican de manera descendente conforme al puntaje total, y la cual tiene que ser utilizada hasta que se provean la totalidad de vacantes.

Resulta pertinente recabar que la persona nombrada en reemplazo del actor se sometió al concurso de méritos y superó todas y cada una de las pruebas previstas para tal fin, lo que lo hace merecedor a ocupar el empleo en el que fue nombrado. Y es que no puede perderse de vista que es en el concurso de mérito el que garantiza el acceso a los cargos de carrera de la administración, por lo que no resulta razonable que los mismos sean desconocidos por la autoridad judicial.

Resulta necesario señalar que es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991 y la protección que a ella debe darse que la Corte Constitucional le ha reconocido el carácter de principio constitucional¹⁰. La carrera administrativa busca asegurar finalidades superiores, dentro de las que se cuentan el reclutamiento de “un personal óptimo y capacitado para desarrollar la función pública¹¹, la realización de los principios de eficiencia y eficacia, así como del principio de igualdad entre los ciudadanos que aspiran a acceder al ejercicio de un cargo o función pública, la dotación de una planta de personal que preste sus servicios de acuerdo con los requerimientos del interés general y la estabilidad laboral de los servidores, siempre que obtengan resultados positivos en la ejecución de esos fines¹².

Así las cosas, el acto administrativo objeto de debate fue debidamente motivado, y en consecuencia no se vulneró el derecho de defensa del demandante, ya que de dicho acto se desprende de manera clara las razones de hecho y de derecho que motivaron su desvinculación, que no fue otra que proveer el cargo con la persona que se encontraba en la lista de elegibles y tenía de derechos de carrera.

De este modo y siendo que el demandante no desvirtuó la legalidad del acto, no existen motivos para desconocer los derechos de carrera que le asisten al empleado que fue nombrado con fundamento en la lista de elegibles vigente, por lo que al no haber sido desvirtuado la presunción de legalidad del acto administrativo, se negaran las súplicas de la demanda.

En consecuencia, dado que no prosperan las pretensiones, no hay lugar a pronunciarse frente a la excepción propuesta por el litisconsorte necesario de falta de legitimación por pasiva.

3.4. CONDENA EN COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

¹² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

Expediente: 11001-3342-051-2016-00337-00
Demandante: GUSTAVO GUABA MELÉNDEZ
Demandado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la motivación.

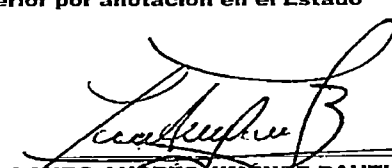
SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- Ejecutoriada esta providencia, si lo hubiere, hágase entrega a la parte demandante del remanente de la suma depositada para gastos procesales, y **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LPGO

JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.	
Hoy <u>27 APR 2017</u>	se notifica el auto anterior por anotación en el Estado
 LAURO ANDRÉS JIMÉNEZ BAUTISTA SECRETARIO	