



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

<i>Referencia:</i>	<i>Nulidad y Restablecimiento del Derecho</i>
<i>Radicación:</i>	<i>15759-33-33-002-2016-00013-00</i>
<i>Demandante:</i>	<i>José Isaías Palacios Palacios</i>
<i>Demandado:</i>	<i>Procuraduría General de la Nación</i>

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver de fondo el proceso de la referencia mediante sentencia de primera instancia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, el Dr. JOSÉ ISAÍAS PALACIOS PALACIOS por intermedio de apoderado, solicita se declare la nulidad del Decreto 4005 del 24 de septiembre de 2015 mediante el cual el Procurador General de la Nación, declaró insubsistente el nombramiento del demandante como Procurador Provincial de Sogamoso, código OPP, grado EF y que se declare que tiene derecho al reintegro al cargo y al reconocimiento, liquidación y pago de todos sus derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios dejados de percibir como consecuencia de su arbitraria, ilegal e injusta desvinculación del servicio a partir del 28 de septiembre de 2015.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada a reintegrar al demandante al cargo de igual o superior jerarquía, al que venía desempeñando hasta el 28 de septiembre de 2015; a reconocer, liquidar y pagar a título de indemnización los salarios, prestaciones sociales que legalmente puedan corresponder como consecuencia de haber sido desvinculado, junto con la indexación o corrección monetaria de los valores que resulten a su favor, conforme al índice de precios al consumidor.

Así mismo, se condene a la entidad demandada a dar cumplimiento a la sentencia en la forma establecida en los artículos 192 y 193 del CPACA y a pagar la costas del presente proceso (fls. 2-3).

3. HECHOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera:

Manifiesta que es Abogado egresado de la Universidad de Boyacá, Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia y prestó sus servicios a la Procuraduría General de la Nación como Profesional Universitario Grado 17 en la Procuraduría Provincial de Sogamoso desde el 10 de junio de 2010 hasta el 3 de abril de 2011 y en la Procuraduría Regional de Boyacá desde el 4 de abril de 2011 hasta el 4 de diciembre de 2011.

Que teniendo en cuenta su buen desempeño laboral y el informe de auditoría elaborado en el año 2011 por la Oficina de Control Interno de la entidad demandada, en el cual se determinó que la Procuraduría Provincial de Sogamoso presentaba bajo desempeño (2.8), debilidad en la capacidad gerencial del Procurador Provincial y la mora en el trámite y resolución de quejas, el Procurador General de la Nación, mediante el Decreto 3295 del 11 de noviembre de 2011, lo nombró como Procurador Provincial de Sogamoso, tomando posesión del cargo el 2 de diciembre de 2011.

Indica que ejerció dicho cargo, entre el 5 de diciembre de 2011 hasta el 5 de agosto de 2013, en razón a que la Viceprocuradora General de la Nación a través del Decreto 2199 del 20 de junio de 2013 lo designó como Procurador Provincial de Neiva. Explica además que posteriormente el Procurador General de la Nación mediante el Decreto 3835 del 18 de septiembre de 2014 lo nombró nuevamente en el cargo de Procurador Provincial de Sogamoso, posesionándose para el efecto el 9 de octubre de 2014.

Señala que durante el tiempo que prestó sus servicios, nunca tuvo llamados de atención, ni queja por parte de sus compañeros, pues se distinguió por ser una persona comprometida y cumplidora de sus deberes posicionando en segundo lugar a nivel nacional las procuradurías en las que laboró, teniendo en cuenta su eficiencia en el trámite de las diferentes quejas, denuncias, investigaciones disciplinarias, entre otras.

Sin embargo, refiere que el 24 de septiembre de 2015 y sin existir queja alguna en su contra el Procurador General de la Nación mediante el Decreto 4005, lo declaró insubsistente, realizando entrega del cargo al Dr. Jaime Augusto Gómez Acosta como Procurador Encargado el 29 de septiembre de 2015.

Señala que para el momento en que se produjo su desvinculación, se encontraba vigente la Ley de Garantías, porque el 25 de octubre de 2015 se realizarían elecciones para designar los mandatarios locales y departamentales (fl.3-5).

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir del demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Artículos 13, 25, 29, 43, 53 y 125 de la Constitución Política; el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968; Ley 443 de 1998 y sus Decretos Reglamentarios 1567, 1568, 1569, 1570, 1571, 1572, 2504 y 1173 de 1998, modificados por la Ley 909 de 2004, artículo 38 de la Ley 996 de 2005 y la Circular No. 005 del 7 de abril de 2015 proferida por el Procurador General de la Nación.

Señala que la Procuraduría General de la Nación al expedir el acto administrativo demandado, vulneró sus derechos fundamentales a la igualdad, la seguridad social, el trabajo, estabilidad laboral y al mínimo vital y móvil, ya que no le permitió permanecer en provisionalidad mientras se convocaba al concurso para proveer el cargo de forma definitiva.

Agrega que la entidad demandada profirió el acto enjuiciado sin exponer los fundamentos fácticos sobre los cuales se sustentaba la desvinculación del demandante, incurriendo en una desviación de poder, pues la decisión que adoptó perseguía un fin distinto al mejoramiento del servicio y a la observancia de las normas que regulan la carrera administrativa, ya que se buscó un beneficio personal o particular, pese al buen desempeño laboral del demandante.

Después de citar *in extenso* sentencias de los Tribunales Administrativos, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional sobre la declaratoria de insubsistencia de un empleado de libre nombramiento y remoción, la desviación de poder y la aplicación de la Ley de Garantías, concluyó que la demandada actuó con desviación de poder, pues a pesar que el demandante desempeñó un cargo de libre nombramiento, el acto administrativo no fue motivado, como tampoco señaló fundamentos facticos para adoptar la decisión.

De otra parte señaló que la Procuraduría General de la Nación infringió el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, porque durante el periodo a que se refiere la norma, en el que está prohibido modificar la planta de personal, se desvinculó al demandante con una clara desviación de poder (fl.7-19).

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, contestó la demanda (fl.192-213) oponiéndose a las pretensiones formuladas por el demandante, señaló que el acto administrativo demandado mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento del accionante en el cargo de Procurador Provincial de Sogamoso, obedeció al ejercicio de la facultad discrecional que le asiste al nominador en virtud de las facultades contenidas en los artículos 278 numeral 6º, y 279 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 158 numeral 3º, 165 y 182 numeral 2º del Decreto Ley 262 de 2000, en esa medida el retiro discrecional obedeció al tipo de cargo que ocupaba, esto es de libre nombramiento y remoción.

Precisó que la auditoria que se adelantó en el año 2011, no influyó en el nombramiento del demandante, porque la declaratoria de insubsistencia recayó sobre un cargo de libre nombramiento y remoción, no provisto por concurso de méritos, sin embargo señala que para la fecha en que se realizó la precitada auditoria, la Procuraduría Provincial de Sogamoso contaba con tan solo 3 Profesionales Universitarios grado 17 y para el año 2015 se amplió la planta de personal a 6 Profesionales de la misma categoría. Aunado al hecho de que el cargo de Procurador quedaría vacante como quiera que la Dra. Yineth Astrid Saavedra Corredor, quien venía ejerciendo dicho cargo, fue nombrada el mismo 11 de noviembre de 2011 como Procuradora Judicial I Administrativa de Santa Rosa de Viterbo.

Indicó que durante la prestación del servicio el demandante como Procurador Provincial de Neiva y de Sogamoso, fue objeto cuatro actuaciones disciplinarias, según consta en los registros publicados por la entidad demandada en el Sistema Misional de la entidad SIM, de las cuales en la actualidad una se encuentra en trámite. Argumentó que la Circular que expidió la Procuraduría se dirigía únicamente a los servidores públicos destinatarios del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, a saber: Jefes o representantes legales y ordenadores del gasto de entidades públicas del nivel territorial, Gobernadores, Alcaldes, entre otros, pues la precitada Ley no tiene aplicación en la Procuraduría General de la Nación.

Después de un recuento sobre las facultades discrecionales del Procurador General de la Nación, las clases de empleos, la naturaleza del cargo, las causales de retiro del servicio, concluyó que la entidad demandada ejerció la facultad contenida en el artículo 165 del Decreto Ley 262 de 2000 porque el cargo que ocupaba el demandante era de libre nombramiento y remoción, además que la entidad no está cobijada por la Ley de Garantías para expedir el acto administrativo de insubsistencia.

Finalmente propuso las siguientes excepciones denominadas:

- *Legalidad del acto administrativo.* Señaló que el acto administrativo contiene consideraciones de orden Constitucional y Legal que desvirtúan las causales de nulidad invocadas en la demanda, por cuanto el acto acusado se expidió conforme a derecho y la potestad discrecional contemplada en el Decreto Ley 262 de 2000 (fl.195)

- *La inexistencia de causales de falsa motivación y desviación de poder.* Preciso que se trató de un nombramiento de libre nombramiento y remoción, cuya insubsistencia no requería ser motivada, dada la facultad discrecional en la remoción de este tipo de cargos (fl. 195).

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada el 8 de mayo de 2016 (fl.168); el 18 de abril de 2016 el Titular del Despacho se declaró impedido para conocer del asunto teniendo en cuenta las causales contempladas en los numerales 2º, 56º, y 12º del artículo 141 del CGP concordado con el artículo 130 del CPACA (fl.170-171), el cual fue declarado infundado el 13 de junio de 2016 por la Señora Jueza Primera Administrativa de Sogamoso (fl.176-178); acto seguido este Juzgado mediante providencia del 1º de agosto de 2016 admitió la demanda (fl. 184)

Teniendo en cuenta que la entidad constituyó nuevo apoderado, quien a su vez recusó al Juez de conocimiento del proceso (fl.226-227), mediante providencia del 27 de febrero de 2017 aceptó las causales de recusación estipuladas en los numerales 9º, y 12º del artículo 141 del CGP concordado con el artículo 130 del CPACA (fl.228-229), sin embargo tampoco fueron aceptadas por la Señora Jueza Primera Administrativa de Sogamoso mediante providencia del 13 de marzo de 2017 (fl.233-234) ordenando devolver el expediente.

Este Despacho por auto del 17 de abril de 2017 fijó fecha y hora para llevar a cabo la audiencia inicial de conformidad con lo establecido en el artículo 180 del CPACA (fl.242); por auto del 8 de mayo de 2017 se reprogramó la diligencia porque el Tribunal Administrativo de Boyacá convocó a los Jueces del Distrito a una mesa de trabajo a realizarse el 19 de mayo de 2017 en horas de la mañana (fl.244)

El 19 de mayo de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial (fl.248-251) y el 30 de junio de 2017 se realizó la audiencia de pruebas donde se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión (fl.259-262).

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, presentó alegatos de conclusión (fl.266-268) reiterando los argumentos de la contestación de la demanda, iterando que la decisión de declarar insubsistente el nombramiento del demandante se realiza con base en las facultades discrecionales del nominador, resaltando que el nombramiento del Dr. JAIME AUGUSTO GOMEZ acosta en encargo, la entidad no sufrió ninguna desmejora por cuanto supera al demandante en conocimientos, formación y experiencia. Agrega que en Diciembre de 2015 fue nombrado en ese cargo al Dr. LUSI FERNANDO BARRERA, quien igualmente supera la formación académica y experiencia del demandante.

La Agente del Ministerio Público, Dra. **PAOLA ANDREA OCHOA GARCÍA** en calidad de **PROCURADORA 178 JUDICIAL I ADMINISTRATIVA** emitió concepto en este proceso, realizando un recuento de las pretensiones, hechos, contestación de la demanda, pruebas recolectadas en el proceso y la jurisprudencia y normatividad aplicable al caso concreto, concluyendo que la naturaleza del cargo que desempeñó el demandante como Procurador Provincial obedece a aquellos cargos de libre nombramiento y remoción, por lo tanto era procedente su retiro dada la precariedad y estabilidad en el empleo, pues lleva implícita *per se* una relación *intuito personae*. Manifestó que no se requería la motivación del acto que declaró la insubsistencia del nombramiento del demandante, en razón a la prerrogativa con que cuenta la administración de poder disponer de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Indicó que la exigencia contemplada en el artículo 26 del Decreto 2400 de 1968 concerniente a las constancias del hecho y de las causales que motivaron el retiro del funcionario vinculado, se constituye en un trámite que la Administración debe surtir con posterioridad para los fines de organización del servicio público, pero desde ningún punto de vista, se puede tener como causal de nulidad del acto de insubsistencia.

Señaló que la parte actora no probó la desviación de poder, pues el cargo quedó en meras afirmaciones subjetivas, sin respaldo probatorio, y que la restricción contenida en el parágrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 1995 esta dirigida única y exclusivamente a los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de las entidades descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, por lo tanto no se puede concluir dicha prohibición para el ente de control accionado. En consecuencia solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda porque el demandante no desvirtuó la presunción de legalidad del Decreto No. 4005 del 24 de septiembre de 2015 (fls. 269-294).

La **PARTE ACTORA** no alegó de conclusión.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar la legalidad del acto administrativo contenido en el Decreto 4005 del 24 de septiembre de 2015 mediante el cual el Procurador General de la Nación declaró insubsistente el nombramiento del Dr. JOSÉ ISAÍAS PALACIOS PALACIOS en el cargo de Procurador Provincial de Sogamoso, para lo cual se debe examinar si el acto acusado está viciado con desviación de poder y falta de motivación, habida consideración que se expidió en vigencia de la prohibición contenida en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 “*de garantías electorales*”.

9. DE LA NATURALEZA DEL CARGO DE PROCURADOR PROVINCIAL

La Constitución Política en su artículo 125 prevé que los empleos en los órganos del estado son de carrera, excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la ley.

Así las cosas, se infiere que la Constitución Política establece como regla general en materia de vinculación de personal a la administración pública el régimen de carrera administrativa, y como excepción los de libre nombramiento y remoción, atendiendo las distintas condiciones en materia de *ingreso*, *permanencia*, *promoción* y *desvinculación* entre una y otra, ya que el empleado nombrado bajo

la modalidad de libre nombramiento y remoción, está supeditado a las facultades *discrecionales* que el legislador le ha otorgado a determinados funcionarios para ejercer una labor política o que requiera de colaboración de su más absoluta confianza para el logros de los fines¹.

La Procuraduría General de la Nación es un órgano de control independiente de las Ramas del Poder Público, así se advierte que el artículo 279 de la C.P. prevé que la Ley determinará lo relativo a su estructura y al funcionamiento, regulando lo atinente al ingreso, concurso de méritos, retiro del servicio, denominación, calidades, remuneración, inhabilidades, incompatibilidades y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo.

Bajo este entendido, el Legislador expidió la Ley 201 de 1995 “*Por la cual se establece la estructura y organización de la Procuraduría General de la Nación, y se dictan otras disposiciones*”, y en su artículo 135 relacionó dentro de los empleos de libre nombramiento y remoción el relativo al Procurador Provincial.

Ahora pese a que la norma en mención fue derogada por el Decreto-Ley 262 del 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*”, lo cierto es que en el artículo 182 se clasificaron los empleos de la entidad demandada teniendo en cuenta su naturaleza y forma de provisión, así:

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.*

3. De período fijo: Procurador General de la Nación. (Negritas del Despacho)

¹ Sección Segunda del Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, Radicado 250002342000201200572-01, Consejera Ponente: Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez.

De la lectura de la norma en cita, de forma clara, expresa e indiscutible, se establece que el cargo de Procurador Provincial, hacen parte del grupo de los de libre nombramiento y remoción; como quiera que hace parte de los funcionarios de confianza del jefe del Ministerio Público, y la permanencia en el cargo depende del ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

10. DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DE UN EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN – FACULTAD DISCRECIONAL

El artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000 determina como causales de retiro definitivo del servidor de la Procuraduría General de la Nación las siguientes:

- “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.***
4. *Renuncia.*
5. *Destitución del empleo.*
6. *Vencimiento del período.*
7. *Vacancia por abandono del empleo.*
8. *Revocatoria del nombramiento.*
9. *Declaratoria de nulidad del nombramiento.*
10. *Supresión del empleo.*
11. *Edad de retiro forzoso.*
12. *Retiro con derecho a pensión de jubilación o vejez.*
13. *Invalidez absoluta.*
14. *Muerte.” (Negrillas del Despacho)*

A su turno el artículo 165 ibídem, define la *Insubsistencia discrecional* como 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.

De conformidad con los artículos en cita y atendiendo la excepción al sistema de la carrera administrativa para aquellos servidores que prestan sus servicios a la Procuraduría General de la Nación, sin haber superado las distintas etapas de un proceso de selección de méritos, - *pues el nominador requiere personal del más alto grado de confianza para su desempeño* -, es dable señalar que el grado de confianza que se exige para el desempeño del cargo, le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado². En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este personal, supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

Recientemente la Alta Corporación de esta jurisdicción señaló que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad, en otras palabras, la *discrecionalidad* es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

² Consejo de Estado, Sección Segunda, providencia del 6 de abril de 2017, Radicado No. 27001-23-31-000-2011-00088-01(4882-15), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Otrora el alto Tribunal³ señaló que el poder jurídico de la competencia para decidir, equivale a la satisfacción del interés general y por ende, a partir de la observación de los elementos fácticos se mueve la adopción de la decisión que mejor convenga a la comunidad.

Por su parte la Corte Constitucional⁴ en lo que respecta los límites al ejercicio de las facultades discrecionales, manifestó que si bien la consagración de poderes discrecionales no contraría por sí misma la Constitución, la existencia de poderes absolutos sí resulta contraria a los postulados de un Estado de derecho, motivo por el cual debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente que lo autorice; su ejercicio debe estar adecuado a los fines de la norma que lo autoriza y la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

A su vez, el artículo 44 del CPACA establece que en la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa, por tal motivo se advierte que el precitado artículo busca evitar la arbitrariedad, pues materializa la posibilidad de ejercer el control jurisdiccional del acto administrativo discrecional a partir de las nociones de causa y fin del acto administrativo.

11. PROHIBICIÓN DEL ARTÍCULO 38 DE LA LEY 996 DE 2005, APLICABLE A LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Legislador en el párrafo del artículo 38 la Ley 996 del 2005 *“Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”*, instituyó la siguiente prohibición:

“A los empleados del Estado les está prohibido:

- 1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.*
 - 2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.*
 - 3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política, sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.*
 - 4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.*
- 5. Aducir razones de “buen servicio” para despedir funcionarios de carrera.**

La infracción de alguna de las anteriores prohibiciones constituye falta gravísima.

PARÁGRAFO. *Los gobernadores, alcaldes municipales y/o distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas del orden municipal, departamental o distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar*

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 20 de agosto de 2015, Expediente No. 250002325000201000254-01, (1847-2012). C.P.: Gerardo Arenas Monsalve.

⁴ Sentencia T-372 del 16 de mayo de 2012

convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, gobernaciones departamentales, asambleas departamentales, alcaldías y concejos municipales o distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

No podrán autorizar la utilización de inmuebles o bienes muebles de carácter público para actividades proselitistas, ni para facilitar el alojamiento, ni el transporte de electores de candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

La nómina del respectivo ente territorial o entidad no se podrá modificar dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, salvo que se trate de provisión de cargos por faltas definitivas, con ocasión de muerte o renuncia irrevocable del cargo correspondiente debidamente aceptada, y en los casos de aplicación de las normas de carrera administrativa". (Negrilla del Despacho)

La norma en cita refiere que se aplica a los servidores públicos en general entre los que se encuentran, los órganos de control como lo es la Procuraduría General de la Nación, sin embargo, es del caso señalar que el numeral 5º prohíbe a los servidores públicos de cualquier orden despedir a un funcionario de carrera administrativa alegando razones de buen servicio, sin que ello signifique que dicha limitación se aplica a los empleados de libre nombramiento y remoción.

Sobre el particular, el Consejo de Estado⁵ precisó que *el contenido prohibitivo prescrito en el artículo 38 de la prenombrada ley 996 de 2005, resulta aplicable a todos los servidores públicos, incluidos por supuesto, los órganos que inicialmente habían sido exceptuado por la misma normativa, valga decir, los órganos del poder judicial, de control, electorales y de seguridad, ello debido a los efectos de la sentencia C-1153 de 2005, pero en lo atinente a la prohibición de retiro del servicio, solo deviene aplicable a funcionarios de carrera administrativa.*

12. DE LO PROBADO EN EL PROCESO

Estudiadas en conjunto las pruebas susceptibles de valoración que obran en el expediente, en orden cronológico quedaron acreditadas las siguientes circunstancias particulares y relevantes para resolver el asunto puesto a consideración:

El Procurador General de la Nación nombró al demandante en el cargo de Procurador Provincial de Sogamoso, Código OPP, Grado EF, a través del Decreto 3835 del 18 de septiembre de 2014 (fl.28), tomando posesión del mismo, el 9 de octubre de 2014 tal como consta a folio 29 del expediente.

El Procurador General de la Nación mediante Decreto 4005 del 24 de septiembre de 2015 declaró insubsistente el nombramiento de José Isaías Palacios Palacios, en el cargo de Procurador Provincial de Sogamoso, Código OPP, Grado EF (fl.33).

De otro lado, mediante Decreto 4006 del 24 de septiembre de 2015 el Procurador General de la Nación, en consideración a la existencia de vacancia del cargo y ante la necesidad de garantizar la prestación del servicio, encargó al abogado Jaime Augusto Gómez Acosta, de las funciones de Procurador Provincial de Sogamoso, mientras se posesionaba el titular (fl.35) quien para entonces además

⁵ Sección Segunda del Consejo de Estado, providencia del 20 de agosto de 2015, Radicado No. 50001-23-31-000-2010-00236-01(3504-14), Consejero Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

se desempeñaba como Procurador 216 Judicial I Para Asuntos Penales de Sogamoso, Código 3PJ Grado EG

El 24 de septiembre de 2015, Rocío Alexandra Baquero odontóloga de la empresa SONRÍA, expidió incapacidad odontológica al demandante por término de 3 días contados a partir del 24 de septiembre, aduciendo que se le practicó un procedimiento quirúrgico absceso periodontal complicado (fl.30) el cual allegó a la Procuraduría el 14 de diciembre de 2015 (fl.169 Anexo 1).

Se encuentra el informe (fl.160 y 161 del Anexo 1) presentado por Rosmery Higuera Cante, funcionaria Secretaria General de la Procuraduría General de la Nación, mediante el cual informa sobre las actuaciones adelantadas para notificar al demandante, respecto del contenido del Decreto 4006 del 2015, así:

“El día 24 de septiembre de 2015, llamé a la Procuraduría Provincial de Sogamoso, a la extensión NBo. 81230, en la cual me contestó el doctor José Isaías Palacios Palacios, Procurador Provincial de Sogamoso y a quien solicité que me indicara número de fax de la Provincial en mención para enviarle una comunicación que debía conocer con carácter urgente y el doctor José Isaías Palacios, me solicitó el envío a su correo institucional, porque en la Provincial de Sogamoso no tenían fax en ese momento, así mismo le pedí al doctor Palacios, que por favor no se apartara de la línea telefónica para que me confirmara el envío del correo en mención, el cual efectivamente y en ese instante le fue enviado de inmediato y el doctor amablemente esperó en la línea el recibo del mismo.

Al preguntarle por la confirmación del recibido del correo el doctor Palacios, me contestó lo siguiente “en este momento estoy muy ocupado en una audiencia y no le puedo confirmar el recibido, más tarde le confirmo” y se despidió afanado sin decir nada al respecto.

Así mismo llamé al teléfono 098-7703657 de la Provincial de Sogamoso y en el cual me contestó la señora Olga Cecilia Peña Álvarez, a quien le pedí el favor de recibir el documento en mención y para notificar al doctor José Isaías Palacios y ella me contestó que no tenía fax y me solicitó el envío del documento en mención a su correo institucional y ella efectivamente confirmó el recibido del mismo, en ese momento exacto y se encargó de entregarlo y tomarle el recibido personalmente al doctor Palacios ese mismo día”

El 29 de septiembre de 2015, el demandante realiza la entrega de los bienes muebles y procesos a cargo de la Procuraduría Provincial de Sogamoso al Procurador 216 Judicial I Penal Encargado de las funciones de Procurador Provincial de Sogamoso, tal como consta a folio 36 del plenario.

El Procurador General de la Nación a través del Decreto 4034 del 29 de septiembre de 2015, nombra al abogado Luis Fernando Barrera Gómez en el cargo de Procurador Provincial de Sogamoso, Código 0PP (fl. 8 Anexo 3), quien tomó posesión el 1º de diciembre de 2015 (fl.44 Anexo 3).

El 9 de octubre de 2015, el demandante presentó acción de tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación solicitando la protección de sus derechos fundamentales tales como: trabajo, mínimo vital, seguridad social en conexidad con la vida, entre otros, y la suspensión de manera excepcional del Decreto 4005 de 2015 (fl.1-9 del Anexo 3).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, mediante providencia del 30 de octubre de 2015, negó por improcedente la acción de tutela (fl.132-138 Anexo 1), decisión que confirmó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 10 de febrero de 2016 (fls. 17-23 Anexo 2).

De acuerdo con los antecedentes administrativos que se allegaron al proceso, en cumplimiento a lo ordenado en auto del 1º de agosto de 2016, que corresponde al Anexo 1 del expediente, se encuentra probado que en el Sistema de Información Misional SIM de la Procuraduría General de la Nación, el demandante cuando

ejerció el cargo de Procurador Provincial en Neiva y Sogamoso fue objeto de las siguientes investigaciones disciplinarias (fls.1-3 Anexo 1):

CARGO	IUS	FECHA	Departamento /Municipio	MATERIA/FALTA	ESTADO
Procurador Provincial Neiva	2013-399314	01/08/2013	Huila-Neiva	Irregularidades administrativa / Abandonar injustificadamente el servicio	Archivo porque la acción no podía proseguirse
Procurador Provincial Sogamoso	2012-275592	20/07/2012	Boyacá/		Archivo porque el investigado no cometió la falta
Procurador Provincial Neiva	2014-74149	18/11/2013	Huila-Neiva		Archivo porque la acción no podía proseguirse
Procurador Provincial Neiva	2014-278934	30/06/2014	Huila-Neiva		Archivo porque el investigado no cometió la falta
Procurador Provincial Sogamoso	2015-219364 acumulado con el 2015-247023				Indagación preliminar 2016/02/18

13.PRIMER CARGO - FALSA MOTIVACIÓN

El demandante manifiesta que el Procurador General de la Nación al proferir el Decreto 4005 del 24 de septiembre de 2015, mediante el cual declaró insubsistente su nombramiento como Procurador Provincial de Sogamoso, desconoció el artículo 125 de la Constitución Política, por cuanto sin existir fundamentos fácticos, lo desvinculó del servicio.

Sobre la causal de falsa motivación el Consejo de Estado ha precisado⁶ que es aquella en la que se plasman las razones de hecho y de derecho que dan lugar a la decisión que se expide. A partir de lo anterior, puede afirmarse que los actos administrativos deben estar motivados expresando las disposiciones normativas y las razones de hecho que dieron lugar a la decisión que se adopta. Al respecto, no puede olvidarse que todo acto administrativo tiene un móvil o motivo determinante para su expedición, es decir que ha estado precedido de unas circunstancias de hecho o de derecho que deben incluirse dentro de su texto. Así, la motivación se convierte en un elemento fundamental para determinar las causas que impulsaron a la administración a manifestar su voluntad.

Ahora bien, para establecer si se incurre en esta causal de nulidad, el acto administrativo demandado, se debe examinar en cuanto a los antecedentes fácticos y jurídicos del mismo, con el fin de establecer si existe incongruencia entre los motivos invocados y la decisión final, teniendo en cuenta el marco normativo y jurisprudencial expuesto en precedencia.

En el caso concreto, se advierte que el cargo que ocupaba el Dr. José Isaías Palacios Palacios al interior de la Procuraduría General de la Nación en calidad de Procurador Provincial de Sogamoso, era de libre nombramiento y remoción, pues se encuentra enlistado en el numeral 2º del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, como quiera que hace parte de los funcionarios de confianza del Jefe del Ministerio Público, por lo tanto la permanencia en el cargo, pende del ejercicio de la facultad discrecional del nominador.

⁶ Sección Segunda, Providencia del 8 de septiembre de 2017, Radicado No. 54001-23-31-000-2009-00182-01(3555-14), Consejera Ponente: Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez

De conformidad con lo anterior, se infiere, que el Procurador General de la Nación en su calidad de nominador, retiró al demandante del servicio, sin que le fuera exigible motivar su decisión, atendiendo la naturaleza jurídica que dicho cargo ostentaba para el momento del retiro.

Valga recordar que la facultad discrecional en el régimen especial de la Procuraduría General de la Nación, está consagrada en el artículo 165 del Decreto Ley 262 de 2000, en concordancia con el numeral 3º del artículo 158 *ibídem*, que prevé como causales de retiro, la insubsistencia discrecional, tal como se indicó en el numeral 10º de esta providencia.

Recapitulando, el Dr. José Isaías Palacios Palacios por desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, como es el de Procurador Provincial y no de carrera como se afirma en la demanda, pues es claro que no se debe adelantar concurso de méritos, ni estar inscrito en el escalafón de carrera administrativa, es indiscutible que el nominador válidamente lo podía retirar del servicio, en ejercicio de la facultad discrecional y sin necesidad de adelantar procedimiento previo para la expedición del acto, ni que tampoco debía motivar su decisión, pues no se probó que para el 24 de septiembre de 2015, fecha en que el Procurador General de la Nación expidió el Decreto enjuiciado por el cual declara la insubsistencia del nombramiento del demandante, se encontrara amparado por *fuero de estabilidad* relativo al cargo, como si corresponde a los derechos de carrera administrativa o en aquellos cargos que se ostentan por nombramiento o elección en periodo fijo.

Lo anterior por cuanto el grado de confianza que se requiere para desempeñar esta clase de cargos, le permite al nominador la posibilidad de disponer libremente de su provisión y del mismo modo disponer su retiro, pues su elección se realizar por motivos personales o de confianza.

Aunado a lo expuesto, se señala que la discrecionalidad en el retiro de los empleados de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación, tiene su origen en el artículo 165 del Decreto Ley 262 de 2000, en concordancia con el numeral 3º del artículo 158 *ibídem* y posteriormente, en el párrafo 2º del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”, que dispuso de manera genérica que “la competencia para efectuar la remoción en empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional y se efectuará mediante acto no motivado”.

Sobre la facultad discrecional de remover a un empleado que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción, recientemente el Consejo de Estado⁷, precisó:

“Sobre este particular, vale la pena señalar que es precisamente el grado de confianza que se exige para el desempeño de ese tipo de cargo lo que le permite al nominador disponer libremente su provisión y retiro, incluso sin que sea necesario expresar los motivos que lo llevan adoptar una u otra decisión.

En otras palabras, es claro que los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no necesitan de motivación, en la medida que la selección de este tipo de personal supone la escogencia de quien va a ocupar el cargo por motivos estrictamente personales o de confianza.

⁷ Consejo de Estado,, Sección Segunda del Consejo de Estado, en providencia del 25 de septiembre de 2017, Radicado 05001-23-33-000-2012-00513-01(2315-14), Consejero Ponente: William Hernández Gómez

Bajo tal entendimiento, el artículo 41 de la Ley 909 de 2004, literal a) y parágrafo 2.º, contempla la facultad discrecional de remover libremente a los empleados que ocupen un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aunque de acuerdo con la norma la remoción de empleos de libre nombramiento y remoción es discrecional, cabe precisar que la regla y medida de la discrecionalidad de un instrumento como la declaratoria de insubsistencia es la razonabilidad. En otras palabras, la discrecionalidad es un poder en el derecho y conforme a derecho, que implica el ejercicio de los atributos de decisión dentro de límites justos y ponderados.

En concordancia con tal planteamiento, la jurisprudencia constitucional indicó que la discrecionalidad debe ser ejercida siempre dentro de parámetros de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad. En tal sentido, ha identificado⁸ como límites para el ejercicio de dicha facultad, los siguientes: a) debe existir una norma de rango constitucional o legal que contemple la discrecionalidad expresamente, b) su ejercicio debe ser adecuado a los fines de la norma que la autoriza, y c) la decisión debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.”

Así las cosas, se infiere que el Decreto 4005 del 24 de septiembre de 2015 enjuiciado en este proceso, mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de José Isaías Palacios Palacios en el cargo de Procurador Provincial de Sogamoso, se advierte que fue expedido con fundamento en los supuestos de hechos, reales, objetivos, y ciertos y en aras del buen servicio público, presunción que no se desvirtuó a través de la causal de nulidad que se analiza en la presente providencia, máxime si se tiene en cuenta que en razón al grado de confianza que se predica respecto de los Procuradores Provinciales, es que se le permite al nominador, un margen de discrecionalidad para decidir sobre su permanencia en tales, sin que por ese solo hecho, se desconozca los presupuestos normativos establecidos en la Ley, hecho que no probó el demandante, razones de peso para sostener que el cargo planteado de *falsa motivación*, planteado por el demandante no está llamado a prosperar.

14. SEGUNDO CARGO - OBLIGACIÓN DE DEJAR CONSTANCIA EN LA HOJA DE VIDA DEL DEMANDANTE DE LA DECLARATORIA DE INSUBSISTENCIA DEL NOMBRAMIENTO

El apoderado de la parte actora señala que en aras de evitar la arbitrariedad en la insubsistencia de los cargos de libre nombramiento y remoción, el artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968, consagró la obligación de dejar constancia en la hoja de vida de los empleados que no pertenecen a la carrera, de las causas que motivan la insubsistencia, circunstancia que no se realizó en el presente caso.

Sobre dicho punto se dirá que los artículos 25 y 26 del Decreto Ley 2400 de 1968 consagran que al producirse el retiro del servicio por la declaratoria de insubsistencia a través de un acto administrativo inmotivado, se exige que se deje en la hoja de vida del saliente las razones de la decisión cuando se trate de un cargo diferente a uno de carrera, como es el caso del empleo que ocupaba el demandante.

Recientemente el Consejo de Estado⁹ al pronunciarse sobre la anterior exigencia como causal de nulidad del acto administrativo que declara la insubsistencia de un nombramiento de libre nombramiento y remoción, precisó:

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-372 de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Providencia del 17 de agosto de 2017, Radicado No. 25000-23-42-000-2015-01449-02(3924-16), Consejera Ponente: Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez

*Dicha exigencia normativa, en principio no se erige como parte de la decisión de retiro, de manera que pueda predicarse algún vicio por su inexistencia, ya que se trata de una obligación para el nominador que no tendría la virtualidad de afectar la validez de su determinación. Se reitera, el legislador es claro que el acto debe ser inmotivado, **por lo que su deber de explicar los motivos en la hoja de vida del empleado no hace parte formal del acto.***

Se trata entonces de un antecedente laboral que se predica de la hoja de vida del empleado saliente y no del acto de retiro del servicio.

(...)

De otra parte, la Sala no es ajena a que el mencionado artículo 26 del Decreto 2400 de 1968, fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, corporación que al ocuparse del cargo de violación erigido sobre la expresión normativa “sin motivar la providencia”, lo encontró exequible sin condicionamiento alguno en la sentencia C-734 de 2000, al considerar que:

“7. En relación con la garantía de estabilidad laboral que también cobija a quienes ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la Corte, con fundamento en la Constitución, ha decantado jurisprudencia que indica que la posibilidad de desvincular libremente en cualquier momento a esta clase de servidores, no contraría la Carta, pues su estabilidad es precaria en atención a la naturaleza de las labores que cumplen, ya que requieren siempre de la plena confianza del nominador.

(...)

9. El artículo 26 del decreto Ley 2400 de 1968, leído íntegramente indica que en la respectiva hoja de vida del funcionario desvinculado, deberá dejarse constancia del hecho y de las causas que ocasionaron su retiro. Esta prescripción aleja a la facultad discrecional que se contiene en la norma, de la posibilidad de ejercerse en forma caprichosa o arbitraria, al ordenar dejar constancia posterior, aunque sumaria, de la motivación que condujo a la decisión de declarar insubsistente al funcionario. Por ello, el sentido completo del artículo 26 consiste en indicar que la providencia que ordena la desvinculación no tiene que expresar dentro de su propio texto la motivación de tal decisión, no obstante lo cual debe dejarse constancia de ella en la hoja de vida del servidor público. Así, el funcionario desvinculado puede conocer las razones que llevaron a declarar la insubsistencia de su designación, y si estima que ellas configuran una arbitrariedad, un abuso o una desviación de poder, ejercer los medios de defensa judicial a su alcance”.

Bajo este entendido, se tiene que la omisión en la anotación de los hechos que generaron la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante en el cargo de Procurador Provincial de Sogamoso, no afecta la validez del acto administrativo demandado, por tratarse de un acto posterior que no hace parte del contenido del mismo.

15. TERCER CARGO - DESVIACIÓN DE PODER

Indica el demandante que el Procurador General de la Nación al expedir el acto administrativo acusado, incurrió en desviación de poder, porque en ningún momento se buscó mejorar el servicio, más aún si se tiene en cuenta que desempeñó su cargo con total rectitud, transparencia, ética profesional, sin tener llamados de atención, ni queja alguna, posicionando a la Procuraduría que representaba en el segundo lugar a nivel nacional.

Sobre esta causal de nulidad el Consejo de Estado¹⁰ precisó que la jurisprudencia y la doctrina¹¹ clasifican las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en dos grandes grupos: aquellos casos en que **i)** el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público (venganza personal, motivación

¹⁰ Sección Segunda, Providencia del 6 de abril de 2017, Radicado No. 27001-23-31-000-2011-00088-01(4882-15), Consejera Ponente Doctora: Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹¹ Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en “*Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*” 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pag. 26 a 35.

política, interés de un tercero o del propio funcionario) y *ii*) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a la que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

La Alta Corporación¹² ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias

“(…) que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley”

Conforme a lo anterior y descendiendo al caso concreto, se advierte que de las pruebas obrantes en el plenario no se logra establecer en forma objetiva y razonable que el Procurador General de la Nación, actuara con un móvil oscuro o reprochable al disponer el retiro del demandante, como se explica en seguida.

En el expediente obran dos Informes Finales de Auditoria de la Procuraduría Provincial de Sogamoso realizados el 15 de febrero de 2007 (fls.38-47) y en octubre de 2011 (fls.49-80) y un Informe Preliminar de noviembre de 2013 (fls.112-142), sin embargo, tales documentos no dejan entrever que para el 5 de diciembre de 2011 y hasta el 5 de agosto de 2013, cuando el demandante se desempeñó como Procurador Provincial de Sogamoso, se hubiese elevado la productividad de dicha dependencia, máxime si se tiene en cuenta que en el plenario no descansan informes que indiquen que se realizó auditoría del último trimestre de 2014 hasta el tercer trimestre de 2015, periodo dentro del cual el Dr. José Isaías Palacios nuevamente fue nombrado como Procurador Provincial de Sogamoso (desde el 9 de octubre de 2014 hasta el 24 de septiembre de 2015 (fl.23), como tampoco Informes de Auditoria con posterioridad a la expedición del acto administrativo demandado, con el fin de realizar un análisis comparativo de los resultados en la prestación del servicio del demandante y de los demás Procuradores que lo sucedieron en el cargo mencionado.

Ahora si bien, en los consolidados de eficiencia y eficacia de la prestación del servicio de las Procuradurías Provinciales a nivel nacional, se advierte que la Provincial de Neiva a diciembre de 2013 se posicionó en primer lugar a nivel nacional (fls.90-91), empero esta circunstancia no puede observarse de forma aislada con base en la gestión que adelantó el demandante en calidad de Procurador de esa Provincia, habida consideración que ejerció dicho cargo desde el 6 de agosto de 2013 (fl.23), sino también al funcionario que lo sucedió en el cargo y además de quien desempeñó el cargo con anterioridad al nombramiento del demandante, comparación objetiva que no se puede realizar pues no se cuenta con los elementos de prueba que así lo indiquen, por lo que dicha afirmación se queda sin piso probatorio en este proceso.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Sentencia de 31 de Agosto de 1988 C.P. Clara Forero de Castro.

Aunado al hecho que si bien en el expediente obra el consolidado de las decisiones disciplinarias proferidas por la Provincial de Sogamoso durante los años 2012 a 2015, en virtud de dichos documentos no se puede establecer si la producción de dicha dependencia fue superior a las demás Procuradurías a nivel nacional y si esto se debía a la gestión del demandante, máxime si se tiene en cuenta que no existen informes de auditoría con posterioridad a octubre de 2011 (fls. (81-83), o prueba alguna que demuestre que se realizó algo excepcional al normal desempeño de sus funciones.

No sobra preciar, que las estadísticas de cumplimiento de metas que se encuentran en el plenario (*fls.90-91, 97-110 y 143-152*) señala únicamente el componente cuantitativo, sin que se refleje el componente cualitativo, el cual es importante y determinante a efectos de establecer la ejecución del buen servicio, ora si esta se vio afectada con el retiro del demandante.

Dichos medios de prueba, tampoco muestran las causas eficientes del aumento de la producción, puesto que la contestación de la demanda señaló que para ese periodo se amplió la planta de personal en esa dependencia con la designación de otros tres funcionarios de nivel Profesional, sumados a los tres ya existentes, es decir que se incrementó en un 100% la capacidad instalada de respuesta, empero no se aduce si la productividad aumentó en la misma proporción.

Así pues, de acuerdo con las pruebas obrantes en el plenario no se puede establecer que el Procurador General de la Nación actuara con un móvil oscuro o reprochable al disponer la declaratoria de insubsistencia del nombramiento del demandante, pues no se puede afirmar que se desmejoró el servicio, si se atiende que el designado en reemplazo, Dr. Jaime Augusto Gómez Acosta como Procurador Provincial de Sogamoso (Encargado) (*fl.35*) y luego con el nombramiento del Dr. Luis Fernando Barrera Gómez, en atención a la facultad discrecional por tratarse de un empleo de libre nombramiento y remoción, cumplían con los requisitos contemplados en el artículo 12 del Decreto 263 de 2000, en cuanto al título de formación universitaria, título de formación avanzada o posgrado y acreditar 3 años de experiencia profesional o docente exigidos para desempeñar el cargo, los cuales superaban con creces tal como lo indican las hojas de vida de las precitadas personas.

En efecto el Dr. Jaime Augusto Gómez Acosta ostenta los siguientes títulos: Abogado (*fl.10 Anexo 2*); Especialista en Derecho Administrativo, en Derecho Penal y Procesal Penal y Magister en Derecho Penal y Procesal (*fl.198-200 Anexo 2*), así mismo contaba con más de 10 años de experiencia tal como consta a folio 197 del Anexo 2 del expediente.

De otra parte, el Dr. Luis Fernando Barrera Gómez quien fue nombrado en el cargo mediante el Decreto 4034 del 29 de septiembre de 2015 (*fl.8 Anexo 3*), acreditó títulos de Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, en Derecho Tributario y Magister en Derecho Penal (*fl.12-15 Anexo 3*) y acreditaba más de 5 años de experiencia según consta a folios 21-26 del Anexo 3 del plenario.

De contera se resalta, que contrario a lo afirmado por el demandante en cuanto a que durante su desempeño no se escuchó queja alguna por parte de sus compañeros de trabajo o por los usuarios de la entidad, sin que por la mera mención se incurra en trasgresión de la presunción de inocencia propia de las actuaciones disciplinaria, en el plenario se demostró que el demandante fue objeto de cinco investigaciones disciplinarias, de las cuales 4 fueron archivadas (*fls.1-2 Anexo 1*) y una está en trámite, Radicado 2015-219364 (*fl. 3 Anexo 1*).

Se debe agregar que las calidades, profesionales y el buen desempeño del empleo del accionante, no genera un *fuero de estabilidad*, pues tal como lo ha indicado el Consejo de Estado¹³, la condición de ser buen funcionario es o debe ser una característica propia de todo empleado público, de manera que la eficiencia y eficacia del servidor público, es un deber inherente al ejercicio del cargo y no algo excepcional.

“... en lo que respecta al buen desempeño del actor, durante el tiempo que laboró para la entidad, ha de decir la Sala que tal circunstancia no genera para los empleados que puedan ser retirados del servicio por discrecionalidad del nominador, fuero de estabilidad, ni es obstáculo para que la administración ejercite la facultad que le ha sido asignada por Ley, como en el caso sub-examine, la que se presume ejercida en aras del buen servicio.”. (Subraya nuestra)

En suma, el demandante en este caso, no logró probar el cargo de nulidad de desviación de poder alegado en la demanda.

16. CUARTO CARGO DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 38 DE LA LEY 996 DE 2005 “DE GARANTÍAS ELECTORALES”.

El Dr. José Isaías Palacios aduce que el Procurador General de la Nación desconoció el artículo 38 de la Ley 996 de 2005 porque declaró insubsistente su nombramiento dentro del periodo de cuatro meses anteriores a la realización de las elecciones de autoridades locales y departamentales.

Sobre el particular, se itera los razonamientos esgrimidos en el numeral 11 de la presente providencia, puesto que el contenido prohibitivo en el artículo 38 de la Ley 996 de 2005, si bien se aplica a la Procuraduría General de la Nación, el numeral 5º del artículo en mención, prohíbe a los servidores públicos de cualquier orden despedir a un alegando razones de buen servicio, sin que ello signifique que dicha limitación se aplique a los empleados de libre nombramiento y remoción, pues este tan solo deviene a los funcionarios de carrera administrativa, hecho que no demostró el demandante, pues como bien se dijo el Dr. José Isaías Palacios no ostentaba derechos de carrera, como quiera que el empleo que desempeñaba era de libre nombramiento y remoción, tal como lo establece el numeral 2º del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000.

Por lo anterior, la prohibición no es aplicable a los empleos de libre nombramiento y remoción, por lo que al expedir el Decreto 4005 del 24 de septiembre de 2015 que declaró insubsistente el nombramiento del demandante, no denota un actuar *contra legem*, sino que la decisión se produjo bajo la facultad nominadora y discrecional que la Constitución y el Decreto 262 de 2000 le confiere al Procurador General de la Nación.

Respecto de la presunción de legalidad, de validez o de legitimidad de los actos administrativos, el Consejo de Estado ha precisado que tiene como consecuencia que quien alegue su nulidad, le corresponde desvirtuarla, de manera que traslada al impugnante la carga de demostrarla en juicio, mediante el aporte de los elementos de convicción y pruebas necesarias para el efecto; correlativamente, dispensa a la Administración de estar probando en cada proceso que sus actos cumplen con los requisitos de validez.¹⁴

¹³ Sentencia de 31 de julio de 1997 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, radicado No. 16128. En similar sentido se pueden leer, entre otras, de la Sección Segunda, Subsección B del Consejo de Estado: Sentencia del 24 de julio de 2008, radicado interno 7066-05, CP Jesús María Lemos Bustamante; Sentencia del 26 de abril de 2012, radicado interno 1205-10, CP. Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 15 de noviembre de 2011, Expediente 16671, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Dicho de otro modo, la presunción de legalidad del acto administrativo implica que incumbe a quien pretenda su nulidad, demostrar que no cumple con los requisitos de validez, así le corresponde entonces acreditar los vicios de ilegalidad que le endilga al mismo en la demanda, pues en él gravita la carga de la prueba, cargos que en el presente asunto no se probaron debido al escaso material probatorio allegado al expediente. Ora que en materia de pruebas el artículo 167 del CCP prevé que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen

En este caso, la parte actora no solicitó, ni aportó pruebas útiles y suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad del actuar de la Procuraduría General de la Nación, por consiguiente no se probaron los vicios de nulidad alegados por el demandante, como quiera que desatendió la carga probatoria que le correspondía y las consecuencias de esa omisión probatoria advertida obedecen a lo dispuesto por el artículo 167 del C.G.P., norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba (*onus probandi incumbit actori*), que le indica al Juez cuál debe ser su decisión, cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la *causa petendi* de la demanda o de la defensa, según el caso.

Carga de la prueba sustentada, como ha precisado el Consejo de Estado¹⁵, en el principio de *autoresponsabilidad*¹⁶ de las partes, que constituye un requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable¹⁷. En efecto, la Alta Corporación señaló:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’¹⁸, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas’¹⁹.

Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que ‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba’²⁰. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.”²¹

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁶ Parra Quijano, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, Pág. 242.

¹⁷ Betancur Jaramillo, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike. 1982, Pág 147.

¹⁸ “López Blanco, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, Dupre Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.”

¹⁹ “Ibidem.”

²⁰ “Op. Cit. Pág. 26.”

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

De conformidad con la jurisprudencia en cita, es indiscutible que la carga de la prueba recae en quien pretende desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo que demanda y por consiguiente si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda debe soportar las consecuencias de su inobservancia, esto es, que se emita un fallo adverso a sus pretensiones.

17. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EXCEPCIONES

En la contestación de la demanda la Procuraduría General de la Nación propuso las excepciones de mérito denominadas *legalidad del acto administrativo e inexistencia de causales de falsa motivación y desviación de poder*, argumentando que el acto demandado contenía consideraciones de orden Constitucional y legal que desvirtuaban las causales de nulidad invocadas en la demanda, sin dejar de lado que el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, cuya insubsistencia no requería ser motivada, dada la facultad discrecional en la remoción de este tipo de cargos.

En este orden, se itera la tesis argumentativa desarrollada en esta providencia para, razón por la cual encuentra fundadas las excepciones propuestas, puesto que la actuación adelantada por la entidad demandada se ampara en la legalidad tanto en el procedimiento, como en las decisiones adoptadas por el Procurador General de la Nación.

18. CONDENA EN COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el 365 CGP.

Conforme al Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de Agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijará como agencias en derecho el 4% del valor de las pretensiones estimadas en la demanda por concepto de pago de acreencias laborales y prestacionales tasadas en el acápite de cuantía (*fl.21*).

19. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, "*Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley*".

FALLA:

Primero.- Declarar fundadas las excepciones denominadas *legalidad del acto administrativo e inexistencia de causales de falsa motivación y desviación de poder* propuestas por la Procuraduría General de la Nación, conforme a lo expuesto.

Segundo.-Negar las pretensiones de la demanda, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Tercero.- Condenar en costas a la parte vencida, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del CGP.

Cuarto.- Se fijan como agencias en derecho el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda por concepto de pago de acreencias laborales y prestacionales tasadas en el acápite de cuantía (fl.21).

Quinto.- Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, previa devolución a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si hay lugar a ello.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ

mppf