



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación No. 25001-23-25-000-2010-00007-01 (3708-2015)

Actor: MARÍA LOURDES HERNÁNDEZ MINDIOLA

Accionado: NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Asunto: Fallo ordinario – Insubsistencia

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de 8 de julio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las súplicas de la demanda.

ANTECEDENTES

La señora María Lourdes Hernández Mindiola pidió que se declare la nulidad del artículo 2 de la Resolución 176 de 5 de junio de 2009, proferida por la Viceprocuradora General de la Nación «por estar incurso en la CAUSAL DE NULIDAD contenida en el artículo 84, inciso 2 del Código Contencioso Administrativo, consistente en haberse incurrido en la expedición del mismo EN ERROR DE DEREHO POR VIOLACION (sic) DIRECTA, de los Artículos 23, 34, 47, 58, 59, (sic) del Decreto 1950 de 1973: porque de la simple objetiva comparación del acto administrativo acusado, con las normas citadas, se observa el quebrantamiento de la ley» (f. 70).

También solicitó se decrete la nulidad del Decreto 1377 de 1 de julio de 2009, emitido por la Procuradora General de la Nación (E), mediante la cual se declaró insubsistente a la señora María Lourdes Hernández Mindiola, en el cargo de Procuradora 28 Judicial II Penal de Bogotá, código 3 PJ, Grado EC.

Consecuentemente con lo anterior pidió que sea reintegrada la demandante al mismo cargo o a otro similar o de superior categoría, de funciones y requisitos afines a los que tenía al momento de declararse la insubsistencia de su nombramiento.

A título de restablecimiento del derecho y como consecuencia del reintegro, se ordene a la entidad demandada que pague a la señora María Lourdes Hernández Mindiola, todos los salarios, primas, bonificaciones, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de devengar, desde la fecha de su retiro y hasta cuando se produzca efectivamente su reintegro al servicio, al igual que el pago de los aportes a la seguridad social a fin de mantener la continuidad en el sistema de pensiones y salud. Y que no ha existido solución de continuidad.

Que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

Como pretensiones subsidiarias, solicitó la inaplicación por inconstitucional e ilegal del artículo 2 de la Resolución 176 de 5 de junio de 2009 proferida por el Procurador General de la Nación.

Que se declare la nulidad del Decreto 1377 de 1 de julio de 2009 emitido por la Procuradora General de la Nación (E), en el que se declaró insubsistente el nombramiento de la accionante en el cargo de Procurador 28 Judicial II Penal de Bogotá. Código 3PJ, Grado EC.

Que se ordene a la entidad demandada el pago de todos los sueldos, primas, bonificaciones, vacaciones, cesantías y demás derechos laborales, dejados

de percibir que le corresponden, desde la fecha de la declaratoria de insubsistencia del cargo hasta cuando sea efectivamente reintegrada.

Que se reconozca y ordene el pago de aportes a la seguridad social a fin de tener continuidad en el sistema de pensiones y salud.

Que se declare para todos los efectos legales que no ha existido solución de continuidad y que la sentencia sea proferida de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

HECHOS

Expuso que la demandante, se vinculó a la Procuraduría General de la Nación mediante el Decreto 329 de 20 de marzo de 2001, emitido por el Procurador General de la Nación en calidad de Asesora Grado 24 del Despacho del Procurador General de la Nación, posesionándose el 2 de abril de 2001, asignada a la Dirección Nacional de Investigaciones Especiales.

Dijo que por medio del Decreto 448 de 1 de abril de 2001, expedido por el Procurador General de la Nación la accionante fue ascendida como Procuradora 175 Judicial II de Valledupar, tomando posesión el 9 de mayo de 2001.

Que en el año 2003 en el mes de enero le fueron asignadas funciones de coordinadora de los Procuradores Judiciales Penales del Cesar hasta el 1 de noviembre de 2008.

Señaló que mediante el Decreto 2455 de 6 de octubre de 2008, expedido por el Procurador General de la Nación, fue trasladada a partir del 1 de enero de 2008 al cargo de Procuradora 28 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3 PJ, Grado EC, asignada a la Unidad Especializada.

Contó que la Procuradora General de la Nación (E) emitió el Decreto 1377 de 1 de julio de 2009 por el cual se declaró insubsistente a la demandante en el

cargo de Procuradora 28 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3 PJ, Grado EC. El cual fue notificado mediante Oficio 3038 de 9 de julio de 2009, suscrito por el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación.

Especificó que «En el referido Decreto de insubsistencia no se menciona cual fue el fundamento constitucional y legal por el cual la doctora Martha Isabel Castañeda Cúvelo, fue **“encargada”** como Procuradora General de la Nación, se conoce que el señor Procurador General de la Nación, doctor Alejandro Ordoñez Maldonado el día 5 de junio de 2009 expidió la resolución 176, la cual supuestamente, es fundamento de la competencia que se atribuyó la Doctora Martha Isabel Castañeda Cúvelo, para asumir como Procuradora General de la Nación, y ejercer la facultad de remoción respecto del cargo que ocupaba mi poderdante, atribución que conforme con el **numeral 6° del artículo 278 de la Constitución Política**, es una competencia radicada en cabeza exclusiva del Señor Procurador General de la Nación que en los términos del canon constitucional, **es indelegable**.» (f. 81).

Dijo que mediante la Resolución 176 de 5 de junio de 2009 el Procurador General de la Nación se concedió permiso durante los días 1, 2, 3, 6 y de julio de 2009, y que en el artículo 2 de esa resolución se señaló que:

«Encargase de las funciones de Procurador General de la Nación a la Doctora MARTHA ISABEL CASTAÑEDA CURVELO, viceprocuradora General de la Nación, durante el lapso advertido en el artículo anterior».

Advirtió que de conformidad con el artículo 139 del CCA, no es posible adjudicar constancia de publicación de la Resolución 176 de 5 de junio de 2009, en razón a que la misma no fue publicada en diario oficial, y que es evidente que dicho acto al ser proferido por una autoridad del orden nacional, ha debido publicarse en el diario oficial dado el carácter de acto general que tiene con relación a los funcionarios de la entidad, publicación que debió realizarse según lo dispuesto en el artículo 95 del Decreto 2150 de 1995.

Narró que «El suscrito apoderado bajo la gravedad de juramento, informa al Señor (a) Magistrado, que el día 16 de diciembre de 2009, fuimos informados en Imprenta Nacional que la resolución 176 de 5 de junio de 2009 proferida por el Señor Procurador General de la Nación no aparecía publicada en el diario oficial. Nos enteramos de su existencia porque aparece en la página web de la Procuraduría General de la Nación, pero sin saber la fecha en que se colgó dicha información en la red.» (ff. 83 y 84).

Dice que sin embargo, el acto demandado no se ataca por su falta de publicación, pero que no obstante no haberse publicado el acto que se demanda, sí fue obligatorio para la administración, de allí que con base en el mismo y con el supuesto encargo de funciones en cabeza de la Doctora Martha Castañeda Cúvelo, que pretendió investirla de competencia como Procuradora General de la Nación, se ejecutó dicho acto, con la expedición del acto de insubsistencia contenido en el Decreto 1377 de 1 de julio de 2009, que son objeto de impugnación, según las pretensiones primera y segunda principal de este escrito de impugnación, según las pretensiones primera y segunda principal de este escrito de demanda. Acto administrativo que no fue publicado, pero que sí alcanzó efectividad con la declaratoria de insubsistencia de la señora María Lourdes Hernández Mindiola, lo que tuvo ocurrencia el 9 de julio de 2009 con la comunicación de la misma.

Que en ejercicio del supuesto encargo que se le hizo en el artículo 2 de la citada resolución, fue la Viceprocuradora General de la Nación en su condición de Procuradora General de la Nación Encargada, quien procedió el 1 de julio de 2009 a expedir el Decreto 1377 de 1 de julio de 2009 a través del cual se declara insubsistente el nombramiento de la demandante como Procuradora 28 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3 PJ, Grado EC.

Expuso que la Resolución 176 de 5 de junio de 2009 mediante la cual se efectuó el encargo es ilegal por la vulneración de las normas superiores. Dice que el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973 determina los supuestos de hecho para que sea viable jurídicamente el encargo.

Aseveró que la norma dispuso que hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción para asumir, total o parcialmente, desvinculándose o no de las propias de su empleo, las funciones de otro empleo por ausencia temporal o definitiva de su titular.

Señaló que la segunda disposición establece que hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo.

Mencionó que el inciso 4 del artículo 132 del Decreto 262 de 2000, expresamente establece que los permisos no generan vacancia del empleo, y que el artículo 17 señala que las funciones de Viceprocurador General de la Nación, entre ellas según el numeral 2 le corresponde asumir las funciones de Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular.

Concluyó de lo anterior, que es evidente que el requisito *sine qua non* para que pueda darse válidamente en encargo es que exista ausencia temporal o definitiva en el cargo que se va a suplir por encargo.

En lo referente al inciso 4 del artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000, estipula que los permisos no generan vacancia transitoria ni definitiva del empleo del cual es titular el respectivo beneficiario, de acuerdo como lo exigen los artículos 98 del precitado decreto ley en concordancia con el artículo 38 del Decreto 1950 de 1973, y por consecuencia al no existir vacancia del empleo, no hay lugar a encargo ni a nombramiento provisional por el lapso de duración del permiso.

Expuso que el Procurador General de la Nación al hacer uso del permiso, no generó con ello vacancia en el cargo de Procurador General de la Nación, por expreso mandato del inciso 4 del artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000, en consecuencia, jurídicamente no se podía designar un Procurador

General de la Nación en encargo, en los términos que lo prevén los artículos 89 del Decreto Ley 262 de 2000 y el artículo 34 del Decreto Ley 1950 de 1973 en concordancia con el numeral 2 del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000.

Por lo tanto, el Procurador General de la Nación al expedir el artículo 2 de la Resolución 176 de 5 de junio de 2009, carecía de facultades constitucionales y legales plenas para designar encargo de las funciones que le son propias de su cargo en razón a que el permiso no producía vacancia temporal del empleo de Procurador General de la Nación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invocó la parte demandante como normas vulneradas las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 6, 121, 122, 123, 209, 277, 278 numeral 2.

Normas legales: Decreto Ley 262 de 2000 numeral 5 y parágrafo 7; «Artículos 17 numeral 2, 89, 91, 92, 93, 94, y 132 inciso 4 del Decreto 262 de 2000; artículos 23, 34, 47, 58, 59, del Decreto 1950 de 1973, y el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.» (f. 89).

CONCEPTO DE VIOLACIÓN DE LAS NORMAS INVOCADAS:

Estimó que se le vulneraron sus derechos fundamentales con la expedición del acto demandado, manifestó que el Procurador General de la Nación emitió la Resolución 146 de 5 de junio de 2009, vulnerando la Constitución y las leyes que reglamentan las competencias de su cargo, otorgando funciones de ese empleo por medio de la figura del encargo a la Viceprocuradora General de la Nación, desconociendo que con ocasión del permiso que él mismo se concedió no se producía vacancia en el empleo y que por lo tanto al no existir vacancia en el mismo, no hay lugar a encargo ni nombramiento provisional por el tiempo de duración del citado permiso.

Arguyó que el Decreto 1377 de 2009 fue emitido teniendo en cuenta como soporte la existencia de una causal de nulidad insalvable, toda vez que el acto mediante el cual se produjo el encargo de quien expidió el acto de insubsistencia, fue proferido en contra de las reglas laborales que regulan las situaciones administrativas al interior de la entidad demandada. Dijo que dicho decreto se expidió fuera de la competencia y no se hizo por el mejoramiento del servicio sino por una desviación de poder.

Expresó que el artículo 278 de la Constitución Política al igual que el artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000, permite al Procurador General de la Nación para ejercer de manera directa la función de nombrar y remover a los funcionarios y empleados de su dependencia, sin que se pueda ejercer esa facultad de manera arbitraria, siendo aplicadas solamente por la persona que detente el cargo.

Manifestó que el Decreto 262 de 2000, exceptuó en su artículo 182 dicha facultad de los empleos de carrera y le asignó la naturaleza de libre nombramiento y remoción al cargo de Procurador Delegado y Procurador Judicial. Así mismo el artículo 165 del Decreto Ley 262 de 2000 establece que la insubsistencia discrecional es la decisión que produce la facultad discrecional del nominador para remover a un servidor de la entidad que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción. Siendo examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional mediante sentencia C-146 de 2001, que declaró exequible que el empleo del Procurador Judicial fuera posible nombrar y remover libremente por su nominador.

Advirtió que esa decisión de desvinculación no tenía como finalidad la del buen servicio de la entidad sino el satisfacer el capricho y ego personal de la Procuradora encargada, consistente en nombrar como Procuradores Delegados a sus amigos, sin tener en cuenta las normas legales sobre la materia.

Que aunado a lo anterior se demostró la idoneidad de la accionante en el cargo que desempeñaba en la entidad demandada, con su hoja de vida, la cual reposa en el expediente.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias dos, dijo que la Resolución 176 de 2009, no contiene un acto de encargo sino de delegación de funciones, consistente en transferir funciones a los colaboradores o autoridades que tengan facultades a fines o complementarias al de los funcionarios o entidades delegantes.

Afirmó que el Decreto 1377 de 2009, es nulo por haber sido proferido por funcionario incompetente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Procuraduría General de la Nación contestó la demanda (ff. 233 a 255), oponiéndose a las pretensiones de la accionante.

Señaló que no es viable la nulidad del Decreto 1377 de 1 de julio de 2009 expedido por el Procurador General de la Nación (E), mediante el cual se declaró insubsistente el nombramiento de la señora María Lourdes Hernández Mindiola en el cargo de Procurador 28 Judicial II Penal de Bogotá, toda vez, que esa decisión obedeció a la facultad discrecional que le asiste al nominador en virtud de los artículos 278 numeral 6 y 279 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 158 numeral 3, 165 y 182 numeral 2 del Decreto Ley 262 de 2000 y 1 inciso final del C.C.A.

En consecuencia con lo anterior, es improcedente que prosperen las demás pretensiones de la demanda, consistentes, en el reintegro de la demandante al cargo que ejercía al interior de la Procuraduría o a uno de igual o superior jerarquía, así, como el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha de retiro y hasta tanto se produzca el reintegro al cargo.

Adujó que la expedición de ese acto administrativo fue conforme a derecho, de acuerdo con los requisitos de validez y legalidad de los actos discrecionales, el cual fue expedido por funcionario competente, en uso legítimo de sus facultades y en atención a la potestad establecida en el artículo 278 de la Constitución Política.

Expuso que la declaratoria de insubsistencia adoptada por la Procuraduría General de la Nación, se ejecutó cumpliendo los artículos 125, 278 numeral 6 y 279 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 36 del CCA; 17 numeral 2, 158 numeral 3, 165 y 182 del Decreto Ley 262 de 22 de febrero de 2000.

Dijo que el ejercicio de la facultad discrecional realizado por la Procuradora General de la Nación por encargo, no puede asimilarse a una arbitrariedad, ya que el acto mediante el cual se declaró insubsistente a la demandante fue en ejercicio de las facultades constitucionales y legales que le asisten al Procurador General de la Nación, sin que la demandante tuviere ningún derecho a permanecer en el ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción, dada la naturaleza y alcance de este tipo de empleos.

Así mismo, reiteró que con la expedición del Decreto 1377 de 1 de julio de 2009, no se generó ninguna vulneración al orden constitucional y legal, y mucho menos el señalamiento efectuado en contra de la competencia de la Procuradora General de la Nación (E), toda vez que las función realizada no es producto de una delegación, sino que es fruto del ejercicio que corresponde a ese cargo, el cual es asumido sin limitación de ninguna naturaleza.

Expresó que la Constitución Política en su artículo 278 numeral 6, señaló como función del Procurador General de la Nación, la potestad para nombrar y remover de acuerdo con la ley a los funcionarios y empleados de su dependencia.

Advirtió que en virtud del artículo 1 inciso final del CCA no es posible emplear los artículos 2 y 3 de dicho código, toda vez que esas normas no se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción que tiene fundamento en los artículos 125 y 279 de la Constitución Política, que permite determinar los caragos de libre nombramiento y remoción, descritos para el caso de la Procuraduría General de la Nación, por el artículo 182 numeral 2 del Decreto Ley 262 de 2000 que incluyen los cargos de Procurador Judicial.

Resaltó que los caragos de libre nombramiento y remoción son de potestad discrecional del Procurador General de la Nación, por cuanto el cargo de Procurador Judicial se configura como un empleo de confianza, el cual puede ser removido con la figura de la insubsistencia.

Aunado a ello, explicó que el artículo 1 inciso final del CCA, no exige la motivación del acto discrecional, y que a pesar de lo anterior, ese tipo de facultad que tiene el nominador obedece a las razones del buen servicio para mejorar la calidad y eficiencia de la función pública, propender por el cumplimiento y los objetivos y fines del Estado y cumplir con las labores encomendadas a la entidad de acuerdo con las funciones asignadas por la ley.

Por otro lado, en lo referente a la competencia de la Procuradora General de la Nación (E), recalcó, que el artículo 17 numeral 2 del Decreto Ley 262 de 2000, cuando señala «que compete al Despacho del Viceprocurador General de la Nación asumir las funciones de Procurador en ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona su titular»¹, se tiene que la demandante expresó que en el evento de permiso no puede darse una figura diferente a la de delegación de funciones, por tratarse de una ausencia temporal y por tanto, lo máximo que se puede hacer a favor de dicho Despacho es delegar parte de las funciones definitivas por el ordenamiento jurídico, lo cual se considera restringe injustamente el alcance de la disposición en cita, desconociendo su carácter imperativo.

¹ Folio 246.

En este evento no existió una delegación sino el asumir las funciones que le corresponden como Procurador General de la Nación, dentro de las cuales se reitera están las referidas en el numeral 6 del artículo 278 de la Constitución Política en armonía con el artículo 165 del Decreto Ley 262 de 2000.

Señaló que para el caso de estudio el Procurador asignó a la señora Viceprocuradora el encargo de funciones definidas por el ordenamiento jurídico, y que la ausencia temporal así sea justificada, o no ilícita, no puede implicar la imposibilidad de continuar desempeñando las funciones que le asiste atender en ese cargo.

Consecuentemente, no se puede afirmar que la competencia única y exclusiva del Procurador en materia de declaratorias de insubsistencia implica la imposibilidad de que alguien deba remplazar al Procurador cuando deba ausentarse de manera temporal o absoluta, en la medida que la Constitución Política contempla en su artículo 279 la facultad de reglamentar lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio; así como la estructura y funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación.

Opinó que la decisión adoptada por la entidad accionada está fundamentada en la presunción de legalidad y la prestación del buen servicio, y si la parte demandante no está de acuerdo con esa decisión y considera que no se ajustó a derecho, ella está en la obligación de demostrar con pruebas lo pertinente, sin embargo esto no sucedió en el proceso.

Por todo lo anterior solicitó que se nieguen las súplicas de la demanda.

SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección «F» en Descongestión mediante providencia de 8 de julio de 2015 negó las pretensiones de la demanda (ff. 342 a 398).

Esbozó que los cargos de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación, entre otros, el de Procurador Judicial, no requieren ser motivados, por cuanto ellos gozan de presunción de legalidad la cual está fundamentada en el numeral 2 del artículo 125 de la Constitución Política, además, esos empleados no ingresaron por su mérito sino que su vinculación es por razones discrecionales.

En cuanto a la inconstitucionalidad sobreviniente, dijo que para este caso era necesario aclarar este concepto por cuanto ella tiene efectos de derogatoria tácita de las normas que se cobijan con esta figura cuando se presenta.

Señaló que este fenómeno se da, cuando concurre una reforma constitucional, cuyos contenidos normativos tienen efectos derogatorios respecto de las disposiciones legales expedidas con anterioridad y que se muestran contrarios a los nuevos preceptos superiores, y que en este proceso no se está ante dicho fenómeno.

Concluyendo que cuando la Viceprocuradora General de la Nación asume las funciones de Procurador General de la Nación, lo hace con todas sus funciones, facultades, prerrogativas, responsabilidades y obligaciones, y debe ejercer directamente todas las funciones que la Constitución y la Ley le han atribuido o asignado a su cargo, razón por la cual, como lo indicó el agente del ministerio público, no se evidencia ninguna limitación Constitucional, legal o reglamentaria para que la Procuradora General de la Nación (E), pueda ejercer la facultad discrecional de nombrar y remover a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

En cuanto a la falta de motivación, expresó, que de conformidad con los artículos 158 y 165 de la Ley 262 de 2000 y que por tratarse en este caso de un cargo ocupado por la demandante de Procurador 28 Judicial II Penal de Bogotá, Código 3PJ, Grado EC, que es de libre nombramiento y remoción², puede ser retirado del servicio sin que ese acto sea susceptible de

² De conformidad con el artículo 182 del Decreto 262 de 2000 vigente para la fecha de declaración de insubsistencia objeto de estudio.

motivación, por cuanto existe una presunción que se realizó por el buen servicio y goza de la presunción de legalidad.

Añadió que la parte demandante no probó en el proceso que estuviera cobijada por fuero alguno en la carrera administrativa, que le significara una estabilidad de inamovilidad y que siendo el cargo de la accionante de confianza, dirección y manejo, la ley le ha otorgado un tratamiento especial de ser ejercidos solo por aquellas personas llamadas por el nominador a acompañarlo en su gestión en razón del alto grado de confiabilidad que en ellas debe depositar, resultando perceptible que en aras del interés institucional, el nominador en ejercicio de su potestad discrecional puede retirar del servicio a funcionarios de libre nombramiento y remoción para reacomodar su equipo de trabajo, siendo que esa facultad no puede convertirse en arbitrariedad.

Por lo tanto el cargo de falta de motivación no está llamado a prosperar.

Frente a la desviación de poder adujo que ella supone como requisito *sine qua non*, la existencia de una relación nexos causal entre unos hechos y el acto de desvinculación de la demandante, y en el proceso, ella no aportó ninguna prueba que permitiera al juez hacer análisis del cargo. Por lo tanto, ese cargo no prospera.

Por todo lo anterior negó las súplicas de la demanda.

APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso el recurso de alzada (ff. 400 – 415), señalando que no está de acuerdo con la decisión adoptada por el *a quo*.

Expuso que la sentencia recurrida está fundamentada en el estudio como cuestión preveía de una supuesta inconstitucionalidad sobreviniente, tema que no tiene nada que ver con el problema jurídico esbozado en este asunto.

En lo referente a lo planteado sobre la competencia de la Procuradora (E) en la expedición del acto de insubsistencia, indicó que el tribunal se limitó a transcribir el numeral 6 del artículo 278 de la Constitución Política, al igual que el artículo 17 del Decreto 262 de 2000, para concluir que «De conformidad con las normas transcritas, se tiene entonces que, cuando la Viceprocuradora General de la Nación, asume las funciones de Procurador General de la Nación, lo hace con todas sus funciones, facultades, prerrogativas, responsabilidades y obligaciones, y debe ejercer directamente todas las funciones que la Constitución y la Ley le han atribuido o asignado a su cargo, razón por la cual, como lo indicó el Agente del Ministerio Público, no se evidencia ninguna limitación Constitucional, legal o reglamentaria para que la Procuraduría General de la Nación (E), pueda ejercer la facultad discrecional de nombrar y remover a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, desde luego con observancia de la ley» (f. 403).

Estimó de lo anterior, que no es un estudio serio en lo referente a la competencia que tenía el Procurador General de la Nación para que en uso de la situación administrativa del permiso tuviese la facultad legal para encargar a la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación.

Menciona que el tribunal fundamentó su fallo en una providencia del Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «B»³ diciendo que el otorgamiento del permiso al Procurador General de la Nación dispuesto en el mismo acto, no se discute, de donde se colige que no hay reparo alguno en cuanto al derecho que le asiste al Procurador para ausentarse temporalmente del cargo, lo que de suyo implica, dejar las funciones constitucionales propias en forma temporal y apartarse de ellas, mismas que fueron entregadas a la Viceprocuradora en su ausencia; se presume, para efectos de garantizar la continuidad en la prestación del servicio público que compete al ministerio público.

Dice que el permiso legítimamente concedido y del que entró a disfrutar el señor Procurador General de la Nación, es una situación administrativa

³ No dice cual providencia.

según la cual la ley permite la desvinculación muy transitoria del servidor, con derecho a remuneración, generalmente para atender asuntos urgentes de orden familiar o personal, calamidad doméstica o siempre que se involucre una justa causa para su disfrute.

Señala que posteriormente transcribió el artículo 92 del Decreto Ley 262 de 2000, que regula las clases de situaciones administrativas al interior de la Procuraduría General de la Nación, mencionando cuando se entiende que hay separación temporal del servicio.

Con fundamento en la misma sentencia se dice, que durante el permiso del Procurador General de la Nación, se ocasionó una ausencia temporal y el cargo no puede quedar acéfalo por razones de la continuidad en la prestación del servicio público.

Considera que tratándose de una ausencia transitoria, la figura del encargo de funciones, prevista en el artículo 89 del Decreto 262 de 2000, es la que debe aplicarse a este caso para cubrir la ausencia temporal del Procurador General de la Nación.

Expone que no hay reparo en cuanto al derecho que le asiste al Procurador para ausentarse temporalmente del cargo, lo que implica, dejar las funciones constitucionales propias en forma temporal y apartarse de ellas, motivo por el cual, le fueron entregadas a la Viceprocuradora en su ausencia, constituyen un defecto sustantivo, toda vez, que están fundamentadas en un entendimiento manifiestamente equivocado de las disposiciones sustanciales aplicables.

Menciona que la sentencia recurrida olvidó que en el capítulo VI del Decreto 262 de 2000 se regulan los casos de las situaciones administrativas al interior de la Procuraduría General de la Nación, que originan la separación temporal del servicio. Indicándose en el artículo 109 que se encuentran separados temporalmente del servicio los servidores que no ejercen las funciones del empleo del cual han tomado posesión por alguna de las

circunstancias consagradas en este capítulo y el artículo 132 hace referencia a los permisos, señalando que los servidores de la Procuraduría General tendrán derecho a permisos remunerados en un mes, por causa justificada, siempre y cuando no se soliciten los últimos días de un mes acumulados a los primeros del mes siguiente.

Dice no comprender las razones que motivaron al tribunal de instancia, al igual que la sentencia de la Sección Segunda – Subsección «B» del Consejo de Estado, en que se fundamenta para desconocer determinado mandato, y llevándose de contera a su vez normas tan claras de hermenéutica jurídica de interpretación, como la señala el artículo 10 del Código Civil derogado por el artículo 45 de la Ley 57 de 1987 y subrogado por el artículo 5 de la ley aludida, las cuales establecieron de manera perentoria que si los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: «1. La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. 2. Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidades y se hallen en un mismo código, preferirá la disposición consignada en el artículo posterior...» (ff. 405 y 406).

Considera que el tribunal desconoció esos principios de interpretación, donde el artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000, debe primar sobre el artículo 92 del mismo decreto posterior.

En el mismo sentido, señala que las argumentaciones del *a quo*, violan el artículo 89 del Decreto 262 de 2000, que determina de manera diáfana el supuesto de hecho para que sea visible jurídicamente el encargo al interior de la Procuraduría General de la Nación. Señalando la referida norma que: «Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción para asumir, total o parcialmente, desvinculándose o no de las propias de su empleo, las funciones de otro empleo por ausencia temporal o definitiva de su titular» (f. 406). Que por lo tanto, no es posible decir que mediante la Resolución 176 de 5 de junio de 2009, se hubiese encargado del cumplimiento de funciones

de Procuradora General, mientras duraba la ausencia del Procurador General de la Nación.

Afirma que el fallo recurrido es ilógico y atenta contra la estructura sobre la cual se han montado las normas de la función pública del país, he invita a los magistrados para que indaguen cuantas veces el Procurador General de la Nación ha solicitado permiso desde el día que se posesionó a la fecha de este fallo, para ver si es cierto que cada vez que solicita permiso por 5 días ha encargado a la Viceprocuradora General de la Nación para que atienda los asuntos en ese tiempo de permiso.

Cuenta que el artículo 17 del Decreto 262 de 2000 señala las funciones del Viceprocurador General de la Nación y de conformidad con el numeral 2 es «Asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titula».

Siendo el anterior numeral acorde con lo previsto en el inciso 4 del artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000, ya que todas ellas parten del supuesto o del requisito *sine qua non*, que para asumir la Vice Procuradora las funciones del Procurador General de la Nación es necesario la existencia de la ausencia temporal o definitiva en el cargo de Procurador General de la Nación, circunstancia que no se dio.

Igualmente el ya precitado inciso 4 del artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000, expresa que «los permisos no generan vacantes del empleo», o sea, ellos no crean vacancia transitoria ni definitiva del empleo y por lo tanto no era posible jurídicamente la figura del encargo en el lapso de duración del permiso.

Narra que la doctrina a mencionado lo siguiente sobre el asunto: «"Ficción Jurídica. En la situación administrativa del permiso se da una ficción jurídica, puesto que no obstante que el empleado no trabaja durante el mismo, para todos los efectos legales la ley considera que el empleado ha

prestado sus servicios.... (Diego Younes Moreno. Derecho Administrativo Laboral, novena edición).» (f. 407).

Cuando se trata del encargo, todas las disposiciones legales que lo regulan disponen que los servidores públicos que sean encargados, por ausencia temporal del titular, para asumir empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, no tendrán derecho al pago de la remuneración señalada para el empleo que desempeñe temporalmente, mientras su titular la esté devengando.

Así mismo, que ninguna entidad territorial u organismo del Estado podrá encargar provisionalmente a servidor público alguno para ocupar cargos de mayor jerarquía sin la disponibilidad presupuestal correspondiente. El funcionario que contravenga lo dispuesto en este inciso incurrirá en falta disciplinaria y será responsable civilmente por los efectos del mismo. (Artículo 18 de la Ley 344 de 1996).

Señala que el Decreto 262 de 2000 al igual que las normas que regulan la función pública, tienen un tronco común, y que es por ello que las disposiciones jurídicas que regulan las figuras jurídicas de encargo, delegación de funciones o de las distintas situaciones administrativas laborales que se presentan en la Procuraduría General de la Nación, como las comisiones, permisos, vacaciones, licencias. Tienen la misma estructura jurídica que se presentan al interior de las diferentes entidades del Estado, salvo con algunas disposiciones especiales.

Reitera que el acto contenido en el artículo 2 de la parte resolutive de la Resolución 176 de 5 de junio de 2009, expedida por el Procurador General de la Nación mediante el cual dispuso encargar a la Viceprocuradora General de la Nación de las funciones de Procurador General de la Nación durante el lapso que duró el permiso, no contiene un acto de encargo, sino de delegación de funciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 277 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 7 del Decreto 262 de

2000 y esta última debe ser la figura jurídica que debería utilizarse en los casos de permiso.

En lo referente a los conceptos de «ausencia temporal o vacancia temporal», no se refiere a cosa diferente que la ausencia o vacancia temporal en un cargo, términos que son utilizados por la ley como sinónimos.

Dice que es evidente que la «ausencia», significa no presencia en un lugar, alejamiento del mismo, pero de allí a entender que cada vez que el Procurador General de la Nación se aleje de su lugar de trabajo o de su oficina, eso conlleve al acto de «encargar» a la Vice Procuradora General de la Nación de las funciones de Procuradora General de la Nación es algo descabellado.

Expone que el término vacante debe entenderse en su acepción natural y lógica, el cual significa «Que vaca o cesa temporalmente, por razón de descanso en el trabajo o actividad habitual», y que esa acepción es la que consagra la ley, cuando en el numeral 2 del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000 dispone que las funciones del Viceprocurador General de la Nación se encuentran en la de asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular.

Sin embargo esa ausencia temporal no es cualquier ausencia o que ella signifique no presencia en un lugar del señor Procurador General de la Nación para que el Vice Procurador asuma las funciones de aquel.

Estima que la facultad de nombrar y remover es una facultad indelegable radicada exclusivamente en cabeza del Procurador General de la Nación, que a su vez, ejercerá directamente las funciones que le otorga el artículo 278 de la Constitución Política. Las señaladas en el artículo 277 constitucional y las demás atribuidas por el legislador, podrá ejercerlas por sí o delegarlas en cualquier servidor público o dependencia de la entidad, en los términos establecidos en este decreto.

Afirma que los empleados públicos ingresan a la Administración a través de un acto administrativo de nombramiento, en este caso sería de encargo y posesión. De la Constitución Política se desprende que los empleados públicos deben ser nombrados por la administración para ingresar al servicio (artículo 126 de la Constitución Política).

El artículo 122 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 47 del Decreto 1850 de 1973 dice que «Ningún empleado entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes, y de desempeñar los deberes que le incumben. De este hecho deberá dejarse constancia por escrito en acta que firmarán quien da la posesión, el posesionado y un secretario y en su defecto dos testigos.

La posesión es el acto mediante el cual una persona natural asume las funciones de un empleo, la Administración pública le entrega oficialmente. El empleado público deberá tomar posesión del cargo cumpliendo con los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico ante la autoridad nominadora o la que indique la Constitución y la ley.

De conformidad con lo anterior afirmó que si la Viceprocuradora General de la Nación hubiese sumido sus funciones de conformidad con lo previsto en el artículo 17 – 2 Decreto 262 de 2000, necesariamente por expreso mandato legal debió tomar posesión del cargo, situación que nunca ocurrió, tal como lo confiesa el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación. La funcionaria en cita no toma posesión en razón a que lo que se estaba dando tanto en el artículo 3 de la Resolución 161 de 27 de mayo de 2009; como el artículo 2 de la Resolución 176 de 5 de junio de 2009, no era un encargo sino que la figura jurídica que posiblemente se estaba radicando en cabeza de aquella, era una delegación de funciones de las que trata el artículo 277 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 7 del Decreto 232 de 2000.

Es evidente que las funciones de delegación no requieren posesión; pero sí se necesita que en todos los casos de remplazo del Procurador General de la Nación es sus vacaciones temporales o absolutas, tal como lo exigen los artículos 122 y 126 de la Constitución Política cuestión que no se dio.

El encargo es una forma de provisión de empleos. Por lo tanto para ejercer un empleo ya sea en la Rama Ejecutiva del Poder Público, Judicial o Procuraduría General de la Nación se requiere ser designado regularmente y tomar posesión. Por ser el encargo una forma de provisión de empleos, los funcionarios sujetos a encargo deben tomar posesión del empleo sujeto a encargo. Eso no admite discusión.

Por lo tanto, la Viceprocuradora General de la Nación en su condición de Procuradora General de la Nación no podía proferir el Decreto 1377 de 1 de julio de 2009, mediante el cual se declara insubsistente el nombramiento de la demandante en razón a que por expreso mandato constitucional.

En el presente caso no se dieron las dos formas de vacancia, puesto que en sí mismo el permiso otorgado al funcionario titular (Procurador General de la Nación) no daba lugar a la vacancia del empleo. Dicha circunstancia no constituye causal de vacancia del cargo de Procurador General de la Nación, como en forma equivocada lo señaló la sentencia de segunda instancia, de suerte que aún dentro de ésta se entiende que se encuentra ejerciendo su destino, y que el encargado no es más que delegatario para ejercer las funciones del Despacho en relación con asuntos urgentes., sin que el juzgador de instancias se hubiere tomado el trabajo de analizar este tema.

Así las cosas, no hay duda que el tribunal de instancia interpretó insalvablemente las disposiciones en cita. Entendiendo equivocadamente lo que la hermenéutica jurídica, ni la legislación vigente ni la jurisprudencia han impuesto, incurriendo en un defecto sustantivo por interpretación manifiestamente irrazonable de las disposiciones normativas aplicables.

Concluye que el a quo, en la sentencia de 8 de julio de 2015, incurrió en defecto sustantivo, ya que de conformidad con la normatividad vigente no era posible encargar a la Viceprocuradora General de la Nación de las funciones de Procurador General de la Nación durante el lapso que duraba el permiso, tal como ocurrió en el acto administrativo contenido en el artículo 2 de la parte resolutive de la Resolución 176 de 5 de junio de 2009, expedida por el Procurador General de la Nación y mucho menos declarar insubsistente a ningún funcionario de la entidad teniendo en cuenta como fundamento el referido en cargo.

Por todo lo anterior solicitó que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes hicieron uso del término para presentar sus alegatos de conclusión y el Ministerio Público guardó silencio.

- El apoderado de la **parte demandante** en su escrito de alegatos⁴ reiteró lo expuesto en el recurso de apelación.
- La **Fiscalía General de la Nación** en su escrito de alegatos de conclusión⁵ reiteró lo dicho en la contestación de la demanda y solicitó se tengan en cuenta las siguientes sentencias proferidas por el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «A»: M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Radicación número: 2500023250002010000601. Actor: José Elver Barbosa Hernández. Demandado: Procuraduría General de la Nación; M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren de 17 de abril de 2013. Radicación número: 23001233100020100005001. Actor: Jorge Luis Hernández Gómez. Demandado: Procuraduría General de la Nación; M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia de 9 de abril de 2014. Radicación número:

⁴ Folios 436 a 451.

⁵ Folios 427 a 435.

17001233100020100003001. Actor: Luis Gerardo Salazar Muñoz.
Demandado: Procuraduría General de la Nación y M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Radicación número: 25000232500020090063801. Actor: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.
Demandado: Procuraduría General de la Nación.

De acuerdo con lo que expuso pide que se nieguen las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO.

Los problemas jurídicos consisten en establecer la legalidad de: i). El artículo 2 de la Resolución 176 de 5 de junio de 2005, proferida por el Procurador General de la Nación, por medio del cual se le encargó a la Viceprocuradora General de la Nación de las funciones de Procurador, y ii). El Decreto 1377 de 1 de julio de 2009, emitido por la Procuradora General de la Nación (E), mediante la cual se declaró insubsistente a la señora María Lourdes Hernández Mindiola, en el cargo de Procuradora 28 Judicial II Penal de Bogotá, código 3 PJ, Grado EC.

CUESTIONES PREVIAS.

Se tiene que el artículo 125 de la Constitución Política establece lo siguiente:

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

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

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

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

El artículo 279 de la Carta política señaló que:

«La ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente 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.»

El Decreto 262 de 2000⁶ en su artículo 182 frente a la clasificación de los empleos señaló:

«Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasificarán 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:

- Viceprocurador General
- Secretario General
- Tesorero
- **Procurador Judicial**

...

- 3). De periodo fijo:

Procurador General de la Nación.» (Negrilla fuera del texto).

Se tiene que esta Corporación trajo a colación la sentencia C-146 de 7 de febrero de 2001⁷, en la que se declaró la expresión de «Procurador Judicial» como exequible, en la que se dijo que:

«...»

“(...) En efecto, igual que ocurre con los Procuradores Delegados, los Procuradores Judiciales son agentes directos del Procurador frente a los despachos judiciales son agentes directos del Procurador frente a los despachos judiciales ante los que actúan como Ministerio Público. Y la Corte examinó la dependencia directa de esta clase de empleados del Ministerio Público, al decir sobre la constitucionalidad de normas que incluidas en la Ley 27 de 1992 y la Ley 201 de 1995, en lo sustancial, es el mismo, como ya se recordó en esta sentencia. En consecuencia, por existir cosa juzgada constitucional, se declarará exequible la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2) del artículo 182 del Decreto 262 de 2000. (...)”

⁶ 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.

⁷ Sentencia C-146 de 7 de febrero de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

Ahora bien, debe recordarse que es el artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000 el que establece el retiro definitivo de los servidores de la Procuraduría General de la Nación mediante la insubsistencia discrecional del nombramiento.

A su vez, el artículo 165 ibídem definió el acto de insubsistencia como aquella decisión que se produce en el ejercicio de la facultad discrecional para remover a un servidor de la entidad que esté ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, y contra el cual no procede recurso alguno.

De lo anterior se observa que el nominador podía dejar sin efectos el nombramiento realizado en un cargo de libre nombramiento y remoción, sin necesidad de motivar el acto de desvinculación, en cuanto se presume que fue expedido en aras del buen servicio público, presunción que es susceptible de ser desvirtuada en se jurisdiccional, aduciendo y probando por el interesado, que el motivo determinante es diferente al buen servicio público.

Así las cosas, la Sala reitera que:

“... el acto de retiro del servicio de un empleado de libre nombramiento y remoción, expedido en ejercicio de la facultad discrecional, se presume encaminado al buen servicio público y se puede ejercer en cualquier momento sin necesidad de que se consignen las razones o motivos que determinan la decisión. Ello en razón a que por no estar escalafonada no puede reclamar que su remoción se efectúe con las mismas exigencias, requisitos, procedimientos y recursos que la ley consagra para los empleados de carrera.”⁸

Empero, se recuerda que tal presunción legal, desde luego, puede ser desvirtuada, aduciendo y demostrando en el proceso que no fueron razones del servicio o motivos de interés general, los que llevaron al nominador a declarar la insubsistencia del nombramiento.»⁹

CASO EN CONCRETO.

i. Legalidad del artículo 2 de la Resolución 176 de 5 de junio de 2005, proferida por el Procurador General de la Nación, por medio del cual se le encargó a la Viceprocuradora General de la Nación de las funciones de Procurador.

Se tiene que esta Corporación ya se había pronunciado sobre este particular en la sentencia de 10 de octubre de 2013, Sección Segunda – Subsección «A». M.P. Luis Rafael Vergara Quintero. Radicación número: 25000-23-25-000-2010-00006-01(0833-11). Actor: José Élver Barbosa Hernández. Demandado: Procuraduría General de la Nación se expresó que:

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección «A», Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Bogotá D.C., nueve (9) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número 25000-23-25-000-2001-10005-01(0389-09).

⁹ Providencia de 17 de abril de 2013. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección «A». M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 23001-23-31-000-2010-00050-01 (2663-11). Actor: Jorge Luis Hernández Gómez. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación.

«El fundamento principal del recurso, consiste en que el a quo desconoció que el término por el cual se concede un permiso a un funcionario no genera vacancia, al tenor de lo dispuesto en el inciso 4º del artículo 132 del Decreto 262 de 2000 y, el no generar vacancia, no era viable conceder un encargo de funciones, en los términos del artículo 89 ibídem, resultando entonces, que lo que se produjo fue una delegación de funciones y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 287 de la Constitución Política la función de nombramiento y remoción atribuida al Procurador General de la Nación es indelegable.

Con ánimo de abordar el asunto materia de controversia, la Sala deberá analizar si a causa del permiso concedido al Procurador General de la Nación en el artículo 1º de la Resolución 176 de junio 5 de 2009 se daban los supuestos consagrados en el artículo 89 del Decreto 262 de 2000 para disponer el encargo de funciones a la Viceprocuradora General de la Nación, tal como se hizo en el artículo 2º de la misma resolución. El texto de la citada es el siguiente:

“ARTICULO 89. ENCARGO EN EMPLEOS DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION. Hay encargo cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción para asumir, total o parcialmente, desvinculándose o no de las propias de su empleo, las funciones de otro empleo por **ausencia temporal o definitiva de su titular.**

Cuando se trata de ausencia temporal, el encargado sólo podrá desempeñar las funciones del empleo que asume, durante el término de aquella.

Cuando se trate de ausencia definitiva, el encargado podrá desempeñar las funciones del empleo que asuma mientras se nombra el titular del empleo, término que no podrá exceder de seis meses.

Al vencimiento del encargo, quien venía ejerciendo las funciones encargadas cesará automáticamente en su desempeño y continuará cumpliendo las funciones propias del empleo del cual es titular.

El encargo no interrumpe el tiempo de servicio para efectos de la antigüedad en el empleo del cual es titular.

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

La disposición anterior consagra una situación administrativa, con base en la cual se encarga a un funcionario de las funciones de otro, debido a la ausencia temporal o definitiva de éste tiempo durante el cual aquél desempeñará las funciones de éste, bien sea despojándose o no de las propias, y percibirá su salario siempre que el titular del empleo no lo estuviere percibiendo.

Ahora bien, la situación en que se encontraba el Procurador General de la Nación durante el tiempo en que la Viceprocuradora General fue encargada de sus funciones, era en permiso durante los días 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009, razón por la cual es necesario hacer referencia a las normas que al interior de la Procuraduría regulan tal situación administrativa:

“ARTICULO 92. CLASES DE SITUACIONES ADMINISTRATIVAS LABORALES. Los servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación pueden encontrarse en una de las siguientes situaciones administrativas laborales:

1. Servicio activo:

(...)

2. Separados temporalmente del servicio:

(...)

2.4. Por permiso"

De conformidad con la disposición parcialmente trascrita, surge que la situación administrativa de permiso en que se encontraba el Procurador General de la Nación para las fechas previamente citadas, lo ponía en una situación de *separación temporal* del servicio.

Ahora bien, puntualmente la reglamentación del permiso al interior de la entidad demandada se encuentra consagrada en el artículo 132 ídem, en los siguientes términos:

"ARTICULO 132. PERMISOS. Los servidores de la Procuraduría General tendrán derecho a permisos remunerados en un mes, por causa justificada, siempre y cuando no se soliciten los últimos días de un mes acumulados a los primeros del mes siguiente, así:

El Procurador General, el Viceprocurador General, los procuradores delegados, los procuradores auxiliares, el secretario general hasta por cinco (5) días, los demás empleados, hasta por tres (3) días.

Si un servidor ha disfrutado de permiso, y le sobreviene una calamidad doméstica, tendrá derecho a tres (3) días más, para lo cual deberá aportar la prueba pertinente dentro de los diez (10) días siguientes.

Los permisos no generan **vacancia** del empleo."

Hecho el anterior recuento normativo, **la Sala debe decir que no es cierto, como lo pretende el demandante que durante el término de un permiso legalmente concedido a un funcionario, no se pueda hacer uso de la figura del encargo.**

La Sala debe precisar que de conformidad con lo previsto en el artículo 89, antes transcrito, la figura del encargo se utiliza para cubrir **ausencias** temporales del titular de un empleo y no únicamente **vacancias**, como lo asegura la parte demandante; de tal modo siendo el permiso una ausencia temporal, pues da lugar a la separación temporal del empleado del cumplimiento de sus funciones, válidamente se puede disponer que el ejercicio de las funciones que le están atribuidas, sean encargadas durante el término del permiso a otro funcionario, tal como se procedió en el artículo segundo de la resolución acusada, decisión que por tal razón no reviste ilegalidad alguna.

Aunado a lo anterior, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 17 del Decreto 262 de 2000 es a la Viceprocuradora General de la Nación a quien le corresponde asumir las funciones del Procurador General de la Nación en sus ausencias temporales o definitivas y, en este caso, siendo una ausencia temporal, causada por el aludido permiso, bien podía asumir sus funciones y para ello era válido acudir a la figura del encargo, pues el artículo 89 ídem consagra tal figura para cubrir ese tipo de ausencia.

Es importante advertir que el artículo segundo de la resolución demandada ya fue objeto de control de legalidad por parte de esta Corporación, por las mismas razones

de hecho y de derecho aquí invocadas y declarada su legalidad en sentencia cuyo aparte pertinente se transcribe a continuación:

“Así las cosas, durante el permiso del Procurador General de la Nación, se ocasionó una ausencia temporal como indica la ley, de manera que el cargo no puede quedar acéfalo por razones de la continuidad en la prestación del servicio público y siendo una ausencia transitoria, la figura del encargo de funciones, prevista en el artículo 89 del Decreto Ley 262 de 2000, es la situación administrativa adecuada y autorizada legalmente.

(...)

Hay encargo de funciones cuando mediante acto administrativo se dispone el desempeño temporal de funciones de un cargo distinto y adicional a aquel del que es titular. Puede ocurrir con o sin desprendimiento de las funciones propias y para cuyo ejercicio no requiere posesión del cargo, basta con asumirlas, en cumplimiento del mandato que hace el Representante Legal de la Entidad, como lo indica el artículo 89 del renombrado Decreto...¹⁰

Así las cosas, al no observar ilegalidad alguna en el acto administrativo de encargo, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia, en cuanto el objeto del recurso se centró en desvirtuar la legalidad del referido acto por considerar improcedente el encargo.

Valga aclarar que dentro de los argumentos invocados en el recurso se adujo que lo que se pretendió con la Resolución No. 176 de junio 9 de 2005 era una delegación de funciones; no obstante, al haberse declarado la legalidad de tal acto, en la sentencia previamente transcrita en que quedó establecido que su contenido comporta un encargo de funciones, la Sala se releva de hacer un análisis de la presunta delegación aludida, pues no fue esa la figura empleada en el acto acusado, cuya legalidad se declaró en los términos en que el encargo fue conferido.» (Negrilla fuera del texto).

De lo anteriormente señalado se puede decir concluir que esa Resolución 176 de 5 de junio de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación que encargó de las funciones de Procurador a la Vice procuradora no es ilegal por cuanto la figura del encargo se utiliza para cubrir ausencias temporales del titular de un empleo y no únicamente vacancias. Y es por ello que este cargo no prospera.

ii). Legalidad del Decreto 1377 de 1 de julio de 2009, emitido por la Procuradora General de la Nación (E), mediante la cual se declaró insubsistente a la señora María Lourdes Hernández Mindiola en el cargo de Procuradora 28 Judicial II Penal de Bogotá, código 3 PJ, Grado EC.

¹⁰ Sentencia de mayo 2 de 2013, radicación No. 20001-23-31-000-2010-00047-01 (No. Interno 2458-2012), Consejera Ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Se tiene frente a esto, que como se pudo establecer en la parte de cuestiones previas, el cargo que ocupaba la señora María Lourdes Hernández Mindiola era de confianza y que según el Decreto 262 de 2011 en su artículo 182 frente a la clasificación de los empleos señaló que dentro de los de libre nombramiento y remoción estaba el de procurador judicial. El cual puede ser removido a discrecionalidad del nominador por ser de confianza. Siempre en aras del buen servicio.

A si mismo, esta Corporación señaló en cuanto a los actos de desvinculación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, y la no necesidad de ser motivados en sentencia de 30 de marzo de 2017. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección A. M.P. William Hernández Gómez. Expediente número 41-001-23-33-000-2012-00142-01(0990-14). Demandante: Jorge Ernesto Rojas Montero. Demandado: Instituto Financiero para el Desarrollo del Huila. Que:

«... 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.

... 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 los 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 identificado 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.»

Aunado a lo anterior se tiene que la accionante no probó en el plenario que existió una desviación de poder en el ejercicio de esa facultad discrecional por parte de la Procuradora General de la Nación en encargo al proferir el acto que la retiró de la entidad demandada, además de que dicha resolución goza de una presunción de legalidad. Por lo tanto este cargo no tiene vacación de prosperidad.

Por todo lo anteriormente expuesto y una vez analizadas las pruebas en conjunto como lo establece la sana crítica, esta Sala de Subsección procederá a **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 5 de julio de 2009, que negó las pretensiones de demanda.

En mérito de lo expuesto, la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

CONFIRMAR la sentencia de 8 julio de 2015, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que negó a las pretensiones de la demanda.

ACEPTAR el impedimento manifestado por el Consejero de Estado Rafael Francisco Suárez Vargas a folio 453 del expediente y declararlo separado del conocimiento de este proceso.

En firme esta decisión, envíese al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
(Impedido)

