

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA
SUBSECCIÓN “B”**

Consejera Ponente: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., cinco (5) de noviembre dos mil quince (2015)

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Radicación: 44001-23-31-000-2010-00005-01

Actor: CARLOS ALBERTO ARAMENDIZ TATIS

Accionado: NACIÓN-PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

Trámite: DECRETO LEY 01 DE 1984

Asunto: INSUBSISTENCIA – FACULTAD DE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN EN LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN –CONCEPTO DE ENCARGO Y DELEGACIÓN.

Decisión: CONFIRMA SENTENCIA QUE NEGÓ PRETENSIONES

FALLO SEGUNDA INSTANCIA

Ha venido el proceso de la referencia el 23 de septiembre de 2014 y cumplido el trámite previsto en el artículo 212 del Código Contencioso Administrativo¹, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Carlos Alberto Aramendiz Tatis contra la sentencia

¹ Decreto 01 de 1984, artículo 212. Segunda instancia ante el Consejo de Estado. Apelación de sentencias.

de 30 de octubre de 2013 del Tribunal Administrativo de la Guajira, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta contra el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación, una vez verificado que no hay irregularidades procesales o vicios de nulidad que sanear.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda y sus fundamentos

En ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo², el señor Carlos Alberto Aramendiz Tatis, en su calidad de abogado y en nombre propio, solicitó la nulidad de: i) el artículo 2° de la Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación, por la cual se designó como Procuradora General de la Nación (E) a la Viceprocuradora General de la Nación y ii) el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 proferido por la señora Procuradora General de la Nación (E), mediante el cual se declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho el demandante solicitó: i) el reintegro, sin solución de continuidad, al cargo que ocupaba o a otro similar o de superior categoría; ii) el reconocimiento, pago e indexación de los salarios, primas, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales que dejó de percibir desde el momento en que se

² Decreto 01 de 1984, artículo 85. [Modificado por el art. 15, Decreto Nacional 2304 de 1989](#) "Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente".

concretó el retiro y hasta cuando se produzca el reintegro y iii) el cumplimiento de la sentencia que ponga fin al proceso contencioso administrativo, en los términos de los artículos 176 y 177 del Decreto N° 01 de 1984.

Como pretensiones subsidiarias solicitó: i) inaplicar por inconstitucional los actos administrativos acusados y ii) declarar que el artículo 2° de la Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009³ no contiene encargo sino una delegación de funciones.

Para una mejor comprensión del caso, la Sala se permite realizar un resumen de la situación fáctica presentada por el demandante, así:

Señala el actor que el señor Procurador General de la Nación, mediante el Decreto N° 1513 de 29 de noviembre de 2001 lo nombró Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC; acto administrativo que le fue comunicado mediante Oficio N° 4608 de 4 de diciembre de 2001, tomando posesión del cargo el 7 de diciembre de 2001.

Afirmó que el Procurador General de la Nación mediante la Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 se concedió a sí mismo un permiso para separarse temporalmente del cargo por los días 1, 2, 3, 6 y 7 de junio de 2009 y encargó de las funciones de Procurador General de la Nación por ese mismo plazo a la Viceprocuradora General de la Nación.

³ Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación.

“(…) **RESUELVE:**

ARTÍCULO PRIMERO: Concédese permiso al Procurador General de la Nación, Doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, del 1, 2, 3, 6 y 7 de julio de 2009, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: Encárgase 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. (…).”.

Mencionó que la señora Procuradora General de la Nación (E) a través del Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2010, el cual le fue comunicado por medio del Oficio N° 3043 de 9 de julio de 2009, declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC.

Indicó el demandante que la Procuradora General de la Nación (E) mediante Decreto N° 1374 de 1° de julio de 2010 encargó en el empleo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, a la señora Maritza Esther Brito Escobar quien a la vez fungía como Procuradora 24 Judicial II de Familia de Riohacha, y que el 5 de noviembre de 2010 designó ese cargo en propiedad⁴.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

El demandante citó como violadas las siguientes disposiciones: Constitución Política artículos 6°, 121, 122, 123, 209, 277 y 278. Decreto 262 de 2000 artículos 7° (numeral 5° y párrafo 7°), 17 (numeral 2°), 89, 91, 92, 93, 94 y 132 (inciso 4°). Decreto N° 1950 de 1973 artículos 23, 34, 47, 58 y 59. Código Contencioso Administrativo artículo 84, y como concepto de violación expuso:

Falta de competencia

⁴ El actor no identifica el acto de nombramiento en propiedad del cargo Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC, ni indica el nombre de la persona que fue designada en este.

Afirmó el demandante que la Procuradora General de la Nación (E) carecía de competencia para expedir el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 por el cual declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, en atención a las siguientes razones:

a) La Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009, por la cual el Procurador General de la Nación se otorgó un permiso y designó como Procuradora General de la Nación (E) a la Viceprocuradora, incurrió en ilegal utilización de las situaciones administrativas, por cuanto lo procedente en este caso era la delegación de funciones toda vez que el permiso no genera vacancia del empleo y la figura del encargo solo se puede utilizar cuando haya vacancia.

b) El Procurador General de la Nación de conformidad con el numeral 6°⁵, artículo 278 de la Constitución Política y el artículo 11°⁶ de la Ley 489 de 1998 debe ejercer directamente la función nominadora, por lo tanto esta es indelegable. Dado que el Procurador General de la Nación a través de la Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 materialmente delegó en la Viceprocuradora todas las funciones del cargo entre ellas la nominadora, esta funcionaria carecía de competencia para declarar insubsistencias.

(iii) La Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 por la cual Procurador General de la Nación materialmente delegó la función nominadora en la Viceprocuradora General de la Nación no es oponible porque no fue publicada en el Diario Oficial de conformidad con lo ordenado por el artículo

⁵ Constitución Política. Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

(...)

6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

⁶ Ley 489 de 1998. Artículo 11- Funciones que no se pueden delegar. Sin perjuicio de lo que sobre el particular establezcan otras disposiciones, no podrán transferirse mediante delegación:

(...)

3. Las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación.

43⁷ del Decreto N° 01 de 1984, por lo tanto el acto administrativo de insubsistencia carece de sustento jurídico.

Desviación de poder

Afirmó el demandante que la Procuradora General de la Nación (E) al expedir el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 por el cual fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, incurrió en desviación de poder puesto que no buscó el mejoramiento del servicio sino la satisfacción de fines particulares y políticos, lo cual se expresa en que no tuvo en cuenta su trayectoria de ocho (8) años al servicio de la Procuraduría General de la Nación, tiempo durante el cual adquirió habilidades y destrezas que aseguraban un desempeño satisfactorio del cargo.

1.3 Contestación de la demanda⁸

La entidad demandada a través de la Procuradora Regional de la Guajira contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del libelo con los argumentos que se resumen a continuación:

Señaló la entidad demandada que en el Decreto N° 262 de 2000 el permiso constituye una situación administrativa de ausencia temporal en el ejercicio del cargo, frente a lo cual, es procedente la figura jurídica del encargo. Precisó que el Procurador General de la Nación mediante la Resolución N°

⁷ Decreto 01 de 1984. Artículo 43. Deber y forma de publicación. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto. (...)

⁸ Folio 168 del expediente.

176 de 5 de junio de 2009, se otorgó un permiso y designó a la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación (E), por lo cual esta funcionaria tenía competencia para declarar insubsistencias de nombramientos.

Afirmó en relación con la acusación de nulidad del acto de insubsistencia por desviación de poder que, el cargo ejercido por el actor es de libre nombramiento y remoción, por lo tanto la declaratoria de insubsistencia tuvo como fundamento la facultad discrecional del nominador y como fin el mejoramiento del servicio.

La entidad demandada propuso como excepciones de mérito las siguientes: i) presunción de legalidad de las decisiones administrativas enjuiciadas, ii) carácter discrecional de las decisiones de remoción del personal de confianza y manejo de la administración y iii) inexistencia de la obligación de reparar la cual se concretó en el pago de los derechos laborales y prestacionales dejados de percibir por el actor.

1.4 La sentencia apelada⁹

El Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante sentencia de 30 de octubre de 2013 negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas al demandante, con base en los siguientes argumentos:

Señaló que para el caso de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con el artículo 92 del Decreto N° 262 de 2000, el permiso configura ausencia o separación temporal del servicio la cual debe ser suplida

⁹ Folio 400 del expediente.

mediante la figura del encargo. En consecuencia el encargo hecho a la Viceprocuradora no desconoció las normas invocadas por el actor.

Precisó el A Quo que el encargo es una figura que busca atender una ausencia temporal que afecta la continuidad y permanencia de la función administrativa, mientras que la delegación es una forma de colaboración administrativa que debe constar en un acto administrativo escrito, en el que se establezca de forma clara y precisa las funciones o competencias que se delegan.

En cuanto al cargo de desviación de poder afirmó que el demandante debía acreditar su configuración y no lo hizo. Precisó que el demandante solo presentó como prueba una comparación entre su hoja de vida y la del funcionario que lo reemplazó, de lo cual se observa que el nuevo funcionario contaba con solvencia académica y profesional para el desempeño del cargo y no se evidencia un desmejoramiento del servicio.

1.5 El recurso de apelación¹⁰

El demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia de 30 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, exponiendo los mismos argumentos de la demanda y señalado además lo siguiente:

Afirmó el actor que el A Quo decidió erradamente el litigio, pues invocó como precedente la Sentencia de 2 de mayo de 2013 de la Sección Segunda del Consejo de Estado donde se resolvió un asunto similar al suyo¹¹, la cual es contraria a derecho pues de conformidad con los artículos 23 y 34 del

¹⁰ Folio 415 del expediente.

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 2 de mayo de 2013. C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente interno: 2458-2012. Actor: César Augusto Mestre Solano. Demandado: Procuraduría General de la Nación. En esta sentencia el Consejo de Estado resolvió un asunto de idénticas condiciones fácticas y jurídicas, en la cual señaló que la Viceprocuradora General de la Nación podía ser designada Procuradora General de la Nación (E) ante la ausencia temporal del Procurador General de la Nación por razón de un permiso.

Decreto N° 1950 de 1973 y artículos 89 y 132 del Decreto Ley 262 de 2000 el permiso no genera vacancia del cargo y el encargo solo puede utilizarse cuando esta ocurra.

Indicó que el Tribunal incurrió en error al no declarar probada la desviación de poder ocurrida en el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009¹², pues en el expediente se demostró el desmejoramiento del servicio ya que la persona nombrada en su reemplazo se desempeñaba como Procuradora Judicial II de Familia, de manera que no contaba con la destreza necesaria para conocer asuntos contenciosos administrativos y estuvo ocupándose de ambas procuradurías judiciales durante tres (3) meses. Agregó que desde su desvinculación ocuparon su cargo cuatro (4) funcionarios en tres (3) años, situación que demuestra una afectación del servicio.

Adicionalmente, el apelante solicitó¹³ que en el curso de la segunda instancia: a) se oficie a la Procuraduría General de la Nación para que establezca el tiempo de servicios que laboraron los funcionarios que desempeñaron el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha¹⁴; y b) se oficie a la Registraduría Nacional del Estado Civil para que remita copia del Registro Civil de Nacimiento del señor Carlos Agustín Caicedo Maestre, o en su defecto copia de su cédula de ciudadanía¹⁵.

1.6 Alegatos de segunda instancia¹⁶

¹² Proferido por la Procuradora General de la Nación (E) mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento del actor.

¹³ A folio 449 del expediente.

¹⁴ Con este medio de prueba, señala el demandante que pretende acreditar la falta de mejora en el servicio.

¹⁵ Con este medio de prueba, señala el demandante que pretende acreditar que no hubo mejora del servicio pues el funcionario que desempeñó su cargo lo hizo por un escaso tiempo de cuatro (4) meses para luego ser designado como Procurador 12 Judicial II Agrario y Ambiental de Riohacha.

¹⁶ La demandada, Procuraduría General de la Nación, guardó silencio.

El demandante en sus alegatos de conclusión expuso los mismos argumentos esgrimidos en el escrito de apelación y la entidad demandada no presentó alegato de conclusión.

1.7. Concepto del Ministerio Público¹⁷

El Despacho ponente corrió traslado al Ministerio Público para que presentara concepto, no obstante el Procurador Delegado ante esta Corporación se abstuvo de hacer uso de esa facultad.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Planteamiento del problema jurídico

Atendiendo a los argumentos del escrito de apelación¹⁸ corresponde a la Sala determinar en primer lugar si la Procuradora General de la Nación (E), como consecuencia de la Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación, carecía de competencia para declarar insubsistente¹⁹ el nombramiento²⁰ del demandante.

En segundo lugar debe la Sala establecer si la Procuradora General de la Nación (E), al expedir el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009²¹, mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento del demandante, incurrió en desviación de poder por no tener como fin el mejoramiento del servicio.

¹⁷ Se advierte que a folio 464 obra decisión del Despacho ponente por la cual corre traslado a las partes por el término común de diez (10) días y al Ministerio Público para que presentara el concepto; no obstante el Procurador Delegado ante esta Corporación se abstuvo de hacer uso de la facultad concedida en el artículo 212 del Decreto 01 de 1984.

¹⁸ Escrito de apelación en el cual el actor reitera los dos (2) cargos de nulidad presentados en la demanda, a saber falta de competencia y desviación de poder.

¹⁹ Insubsistencia declarada a través del Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009.

²⁰ Nombramiento que tenía en demandante en el cargo Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC.

²¹ Mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento del demandante.

2.2 RESOLUCIÓN DEL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO Y DEL CARGO DE FALTA DE COMPETENCIA.

Dado que el cargo de nulidad de falta de competencia de la Procuradora General de la Nación (E) para proferir el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009²², se sustenta en la errónea utilización de la figura del encargo, la indelegabilidad de la función nominadora del Procurador General de la Nación y la inoponibilidad del acto de encargo al no haberse publicado en el diario oficial, la Sala estima necesario para resolver el primer problema jurídico abordar i) las nociones jurídicas del encargo y permiso en el régimen especial laboral de la Procuraduría General de la Nación; ii) la función de nombramiento y remoción consagrada en el numeral 6° del artículo 278 de la Constitución Política, y iii) la oponibilidad de los actos administrativos.

Las nociones jurídicas del encargo y permiso en el régimen especial laboral de la Procuraduría General de la Nación.

Para efectos de establecer si el acto administrativo que otorgó un permiso al Procurador General de la Nación y encargó de sus funciones a la Viceprocuradora hizo un uso legal de la figura del encargo, la Sala estudiará estas figuras en el sistema especial de carrera de la Procuraduría General de la Nación consagrado en el Decreto Ley N° 262 de 2000²³ así como la interpretación que la jurisprudencia le ha dado a ese asunto.

De conformidad con la Constitución Política en nuestro ordenamiento jurídico coexisten tres (3) sistemas de carrera administrativa, estos son el de carrera

²² Que declaró insubsistente el nombramiento del actor.

²³ Proferido por el Presidente de la República.

general, los especiales que tienen origen constitucional²⁴ y los específicos que son de origen legal²⁵.

El artículo 279 de la Constitución Política señaló que la Procuraduría General de la Nación tendría un régimen de carrera especial que debería ser desarrollado por la ley, en los siguientes términos:

Artículo 279. 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 Congreso de la República con fundamento en el numeral 10²⁶ del artículo 150 de la Constitución, mediante el numeral 4^o²⁷ del artículo 1° de la Ley 573 de 2000 revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley a fin de modificar la

²⁴ En el sentido de que existe un mandato expreso del constituyente para que ciertas entidades del Estado se organicen en un sistema de carrera distinto al general.

²⁵ Por cuanto el legislador ordinario o extraordinario los crea, sin que haya el mandato expreso del constituyente que caracteriza a los regímenes especiales.

²⁶ Constitución Política, artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...)

10. Revestir, hasta por seis meses, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, para expedir normas con fuerza de ley cuando la necesidad lo exija o la conveniencia pública lo aconseje. Tales facultades deberán ser solicitadas expresamente por el Gobierno y su aprobación requerirá la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

El Congreso podrá, en todo tiempo y por iniciativa propia, modificar los decretos leyes dictados por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias.

Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.

(...).

²⁷ Ley 573 de 2000. Artículo 1°. **Facultades Extraordinarias.** De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que, en el término de quince (15) días contados a partir de la publicación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para:

(...)

4. Modificar la estructura de la Procuraduría General de la Nación, así como su régimen de competencias y la organización de la Procuraduría General de la Nación e igualmente la del Instituto de Estudios del Ministerio Público, así como el régimen de competencias interno de la entidad y dictar normas para el funcionamiento de la misma; determinar el sistema de nomenclatura, denominación, clasificación, y seguridad social de sus servidores públicos, así como los requisitos y calidades para el desempeño de los diversos cargos de su planta de personal y determinar esta última; crear, suprimir y fusionar empleos en esa entidad; modificar su régimen de carrera administrativa, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores públicos y **regular las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos.**

estructura, el régimen de carrera y las diversas situaciones administrativas de los empleados de la Procuraduría General de la Nación.

En atención a lo anterior el Presidente de la Republica expidió el Decreto Ley N° 262 de 2000²⁸, por medio del cual modificó el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación. Esta normativa en el Título XII se ocupó del sistema de ingreso y retiro del servicio, de los movimientos de personal y de las situaciones administrativas.

En el capítulo IV del Título XII de Decreto Ley 262 de 2000, se regulan las Situaciones Administrativas Laborales, las cuales el artículo 91 define como *“las diversas relaciones laborales que surgen entre los servidores públicos de la Procuraduría General y esta entidad”*, y señala que estas son de dos tipologías, en servicio activo o con separación temporal del servicio.

Artículo 91. Definición. Las situaciones administrativas laborales son las diversas relaciones laborales que surgen entre los servidores públicos de la Procuraduría General y esta entidad, sea que se encuentren en servicio activo o que estén separados temporalmente de él. (Subrayado fuera de texto).

En concordancia con lo anterior, en el artículo 109 del Decreto Ley 262 de 2000, el legislador extraordinario definió en que consiste la separación temporal del servicio indicando que constituye el no ejercicio de las funciones del empleo del cual se ha tomado posesión.

Artículo 109. Definición. 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.

En ese mismo orden el artículo 92 ídem al clasificar las situaciones administrativas laborales de los servidores de la Procuraduría General de la Nación señaló que el permiso es una situación administrativa laboral de

²⁸ De 22 de febrero de 2000.

aquellas en las que el funcionario se encuentra separado temporalmente del servicio.

Artículo 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:
 - 1.1. En ejercicio del empleo
 - 1.2. En comisión de servicio
 - 1.3. En comisión de estudios
 - 1.4. En comisión para desempeñar cargos de libre nombramiento y remoción
 - 1.5. En comisión especial
 - 1.6. En comisión por invitación de gobierno extranjero
2. Separados temporalmente del servicio:
 - 2.1. En licencia ordinaria
 - 2.2. En licencia por enfermedad, riesgos profesionales y maternidad
 - 2.3. En licencia remunerada para participar en eventos deportivos
 - 2.4. Por permiso
 - 2.5. En vacaciones
 - 2.6. Por prestación del servicio militar o social obligatorio
 - 2.7. Por suspensión

Y en el artículo 132 del Decreto Ley 262 de 2000 se señaló el plazo por el cual pueden ser otorgados los permisos e indicó que no genera vacancia del empleo.

Artículo 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.

Ahora bien, en el capítulo III del Título XII de Decreto Ley 262 de 2000, el legislador reguló los movimientos de personal señalando en los artículos 87, 88, 89 y 90 que estos son el traslado, el ascenso, el encargo y el reintegro.

En cuanto al encargo, el artículo 89 ibídem expresamente señaló que este tiene lugar cuando se designa temporalmente a un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción para asumir total o parcialmente las funciones de otro empleo por ausencia temporal o definitiva de su titular.

Artículo 89. Encargo en empleos de libre nombramiento y remoción. 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.

En ese orden la figura del encargo, de acuerdo con la norma transcrita implica que a) el encargado debe ser un servidor de la Procuraduría de libre nombramiento y remoción; b) el encargado asume total o parcialmente las funciones del empleo que se le encarga y c) el titular del empleo que se va

designar en encargo debe estar en una situación de ausencia temporal o definitiva.

En atención a las normas previamente citadas, para la Sala en el Régimen Especial Laboral de la Procuraduría General de la Nación consagrado en el Decreto Ley 262 de 2000, el permiso es una situación laboral de administrativa de “*separación temporal del servicio*” de los empleados de esa entidad que no genera vacancia del cargo, la cual debe puede ser afrontada por la entidad mediante la figura de movimiento de personal²⁹ denominado encargo el cual tiene como fin suplir la “*ausencia temporal o definitiva*” de un empleado.

Definido lo anterior la Sala debe abordar el segundo de los temas en el que se sustenta el cargo de nulidad de falta de competencia, esto es que la función de nombramiento y remoción de los empleados de la Procuraduría General de la Nación, debe ser ejercida directamente por el Procurador General de la Nación y en consecución es indelegable.

La función de nombramiento y remoción del Procurador General de la Nación consagrada en el numeral 6° del artículo 278 de la Constitución Política.

La Constitución Política, en el capítulo II del TÍTULO X se encarga de regular el Ministerio Público, señalando en el artículo 275 que el Procurador General de la Nación es el Supremo Director del Ministerio Público y que puede ejercer las funciones señaladas en el artículo 277 ibídem directamente o a través de sus delegados o agentes y mientras que las funciones señaladas el artículo 278 de esa misma normativa debe ejercerlas directamente.

Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones:

1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario público que incurra en alguna de las siguientes faltas: infringir de manera manifiesta la Constitución o la ley;

²⁹ Decreto Ley 262 de 2000, Capítulo III, movimientos de personal, artículo 89.

derivar evidente e indebido provecho patrimonial en el ejercicio de su cargo o de sus funciones; obstaculizar, en forma grave, las investigaciones que realice la Procuraduría o una autoridad administrativa o jurisdiccional; obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, o en la denuncia de los hechos punibles de que tenga conocimiento en razón del ejercicio de su cargo.

2. Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial.
3. Presentar proyectos de ley sobre materias relativas a su competencia.
4. Exhortar al Congreso para que expida las leyes que aseguren la promoción, el ejercicio y la protección de los derechos humanos, y exigir su cumplimiento a las autoridades competentes.
5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad.
6. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia C-429 de 2001 al conocer de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 7 parcial, del Decreto Ley N° 262 de 2000 en relación con las funciones del Procurador General de la Nación y en especial las consagradas en los artículos 277 y 278 de la Constitución Política señaló lo siguiente:

“Las funciones asignadas al Procurador General de la Nación en el artículo 277 del Estatuto Supremo, pueden ser objeto de delegación en sus subalternos jerárquicos, lo que no ocurre con las contenidas en el artículo 278 del mismo ordenamiento, las cuales deben ser ejercidas directamente por dicho funcionario.

(...)

Las atribuciones que pueden ser objeto de delegación son todas aquellas descritas en el artículo 277 de la Carta y, por consiguiente, son ellas las que, posteriormente, el Procurador puede nuevamente asumir; actuación que no puede ser ejercida por dicho funcionario en forma arbitraria sino razonada y razonable, en la medida en que prevalezca el interés general, la justicia, los principios de transparencia, imparcialidad y moralidad y el debido respeto y garantía de los derechos de los posibles afectados con tal determinación, que no son otros que los servidores estatales involucrados en los respectivos procesos disciplinarios. Al efectuar la delegación de

funciones el Procurador debe, expedir los actos administrativos respectivos, con la observancia de las disposiciones constitucionales y legales que rigen la materia incluyendo, claro está, la debida notificación a los procesados disciplinariamente.”³⁰. (Subrayado fuera de texto)

En conclusión atendiendo al texto literal del artículo 278 de la Constitución Política y a la interpretación dada a esa norma en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es claro que las funciones allí contendidas, entre ellas la nombramiento y remoción de los funcionarios y empleados no puede ser delegada por el Procurador General de la Nación, en la medida en que debe ejercerlas directamente.

Esclarecido lo anterior la Sala debe abordar el tercero de los temas en el que se sustenta el cargo de nulidad por falta de competencia, esto es la inoponibilidad del acto administrativo que designó a la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación (E), para lo cual se abordará el asunto de la oponibilidad de los actos administrativos.

La calificación de los actos administrativos por su naturaleza y la oponibilidad de los mismos

Según lo preceptúa el Código de Contencioso Administrativo, normatividad vigente para la fecha que fue expedida la Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 por medio de la cual el Procurador General de la Nación se designó a la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación (E), la voluntad de la administración se manifiesta mediante actos que producen efectos jurídicos como consecuencia del ejercicio de las competencias constitucional y legalmente establecidas previo el cumplimiento de los procedimientos y las formalidades específicamente exigidas para su expedición, momento a partir del cual el acto nace a la vida jurídica, pero su aplicación implica que sea dado a conocer a sus destinatarios.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-429 de 2001. Esta misma interpretación había sido asumida por la corte constitucional en la sentencia C-283 de 1997.

De acuerdo con la jurisprudencia³¹ y la doctrina³² los actos administrativos por su naturaleza pueden ser de carácter general y de carácter particular. Los primeros, con aquellos en los que los supuestos normativos aparecen enunciados de manera objetiva y abstracta, y no singular y concreta, y por lo tanto se dirigen a una pluralidad indeterminada de personas; es decir, a todas aquellas que se encuentren comprendidas en tales parámetros. Por el contrario, los segundos, son aquellos que producen situaciones y crean efectos individualmente considerados.

Los artículos 43 y 44 del Decreto 01 de 1984 desarrollan el principio de publicidad de la función administrativa, a través de los actos administrativos de que trata el artículo 209 de la Constitución Política.

El artículo 43 del citado estatuto establece que *“los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”*.

Por su parte el artículo 44 ibídem, señala que *“las demás decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado”*.

En ese orden puede la Sala concluir que para efectos de la oponibilidad del acto administrativo, para el caso de aquellos de naturaleza particular y

³¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A". Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón. Sentencia de 4 de marzo de 2010. Radicación N°: 11001-03-25-000-2003-00360-01(3875-03). Actor: Luis Alfonso Leal Nuñez.

³² *Traité de droit constitutionnel*, t.I, 3a. ed. Bocard, 1921. León Duguit. Obra citada por Libardo Rodríguez en Derecho Administrativo General y Colombiano.

concreta, no es requisito su publicación en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto, sino que basta que sea puesto en conocimiento por los medios de notificación señalados en el Código Contencioso Administrativo al interesado.

Ahora bien, definidos en los acápites anteriores los aspectos jurídicos generales que competen a los tres (3) argumentos sobre los cuales se sustenta el cargo de nulidad por falta de competencia, la Sala a continuación abordará en concreto el análisis de ese cargo.

Análisis del cargo de falta de competencia de la Procuradora General de la Nación (E) para decretar insubsistente el nombramiento del cargo del actor.

Atendiendo al análisis precedente considera la Sala que la acusación de falta de competencia de la Procuradora General de la Nación (E) para expedir el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 por el cual declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, no tiene vocación de prosperidad, en atención a lo siguiente:

(i) En el acto administrativo de designación de la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación (E)³³, no se incurrió en indebido ejercicio de las facultades legales.

De conformidad con el Decreto Ley N° 262 de 2000, el Procurador General de la Nación para suplir su separación temporal del servicio en razón de la situación administrativa laboral derivada de un permiso (artículos 91, 92 y 132 del Decreto 262 de 2000) que le fue concedido, podía recurrir a movimientos de personal a través de la figura del encargo en un funcionario

³³ Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación.

de la entidad de libre nombramiento y remoción, la cual precisamente fue consagrada en la ley (artículo 89 del Decreto Ley N° 262 de 2000) para suplir una ausencia temporal o definitiva del titular de un empleo en esa entidad.

De conformidad con el artículo 182 del Decreto Ley N° 262 de 2000 el cargo de Viceprocurador General de la Nación es de libre nombramiento y remoción, por lo cual este podía ser sujeto pasivo del encargo de Procurador General de la Nación, más aun cuando el numeral 2° del artículo 17 señala que entre las funciones del Viceprocurador está la de asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular.

Debe resaltarse que la Sección Segunda del Consejo de Estado en oportunidades anteriores también ha llegado a la anterior conclusión de forma pacífica y unánime tanto en la Subsección B a través de las sentencias de 2 de mayo de 2013³⁴ (acusada de ilegal por el actor el recurso de apelación), de 24 de octubre de 2013³⁵ y 13 de febrero de 2014³⁶, como en la Subsección A mediante las sentencia de 11 de junio de 2011³⁷ y de 10 de octubre de 2013³⁸, al analizar asuntos de idéntico contenido factico y jurídico al debatido.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de 2 de mayo de 2013. C.P.: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente interno: 2458-2012. Actor: César Augusto Mestre Solano. Demandado: Procuraduría General de la Nación. En esta sentencia el Consejo de Estado resolvió un asunto de idénticas condiciones fácticas y jurídicas, en la cual señaló que la Viceprocuradora General de la Nación podía ser designada Procuradora General de la Nación (E) ante la ausencia temporal del Procurador General de la Nación por razón de un permiso.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 24 de octubre de 2013. Radicación N° 73001-23-31-000-2011-00752-01 (1928-13). Actor: Jairo Hernando Gutiérrez García. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia de 13 de febrero de 2014. Radicación N°: 20001-23-31-000-2010-00017-01 (0719-13). Actor: Wilman De Jesús Maestre Sánchez. Demandado: Procuraduría General de la Nación

³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 29 de junio de 2011. Radicación N°: 17001-23-31-000-2007-00712-01 (0752-09). Actor: Martha Lucía González Ramírez. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Sentencia de 10 de octubre de 2013. Radicación N°: 25000-23-25-000-2009-00638-01(0224-13). Actor: Claudia Elizabeth Lozzi Moreno. Demandado: Nación – Procuraduría General de la Nación.

El actor en el recurso de apelación como argumento contra la decisión del A Quo señala además que éste incurrió en error al acoger como precedente la sentencia de 2 de mayo de 2013 de esta Corporación (citada en el párrafo anterior) porque considera que esta providencia es contraria a derecho.

Para la Sala este argumento no es de recibo, pues como se expuso en líneas anteriores la interpretación del sistema de carrera especial de la Procuraduría General de la Nación en cuanto a la situación administrativa laboral de permiso y el mecanismo de movimiento de personal de encargo es la misma a la que llega en este momento la Sala y el simple hecho de que no concuerde con la interpretación que hace el demandante no la vuelve contraria a derecho.

(ii) En el acto administrativo que designó a la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación (E) ³⁹, no hubo delegación de funciones sino un encargo.

Del análisis realizado por la Sala en relación con las funciones del Procurador General de la Nación consagradas en el artículo 278 de la Constitución Política se pudo concluir que la función de nominación y remoción debe ser ejercida directamente por el Procurador General de la Nación de manera que es indelegable, es decir esta no puede ser ejecutada a través de sus delgados ni de sus agentes.

Lo anterior además por cuanto la jurisprudencia de esta Corporación⁴⁰, ha señalado que la delegación de funciones es una técnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro órgano de la administración, mediante acto escrito, revocable, susceptible de recursos en vía gubernativa y sin que ello implique la pérdida de la titularidad de la función para el delegante, a diferencia del encargo, cuya naturaleza responde a la de una modalidad de provisión temporal de

³⁹ Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación.

⁴⁰Ver sentencia de 26 de septiembre de 2013. Rad. 1044-2012. M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

empleos, que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo durante la ausencia de su titular.

En consecuencia la delegación de funciones administrativas y el encargo son dos figuras o instituciones jurídicas distintas que obedecen a necesidades puntuales que llevan a la administración a transferir el ejercicio de una función concreta en otra autoridad, delegación administrativa o, como en el caso bajo examen, proveer un empleo en forma temporal, bajo encargo, mientras su titular lo reasume.

En ese orden aun cuando es cierta la premisa del demandante según la cual la facultad nominadora no puede ser delegada por el Procurador General de la Nación en otro funcionario, en el presente caso esto no ocurrió pues la facultad de remoción no fue ejercida por la Viceprocuradora sino por quien verdaderamente ejercía como Procuradora General de la Nación y por eso tenía competencia para desempeñar todas las funciones del cargo, tanto las delegables como las indelegables, más aun cuando el numeral 2° del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000 señala que el Viceprocurador tiene entre sus funciones “Asumir las funciones del Procurador General en sus ausencias temporales o en las absolutas mientras se posesiona el nuevo titular”.

(iii) El acto administrativo de designación de la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación (E)⁴¹, no debía ser publicado en el Diario Oficial.

De acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina revisada en líneas previas al analizar los tipos de actos administrativos y la oponibilidad de los mismos, se tiene que la Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 por medio de la cual el Procurador General de la Nación se concedió un permiso y designó a la

⁴¹ Resolución N° 176 de 5 de junio de 2009 expedida por el Procurador General de la Nación.

Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación (E), contiene una decisión adoptada en función administrativa a través de la cual el Procurador General de la Nación modificó una situación jurídica concreta de personas determinadas, a saber, la suya propia y la de la Viceprocuradora, por lo cual ese acto administrativo es de carácter particular.

En consecuencia, atendiendo a lo señalado en el artículo 43 del Decreto 01 de 1984 el acto administrativo que designó a la Viceprocuradora como Procuradora General de la Nación (E), contrario a lo manifestado por el demandante no debía publicarse en el Diario Oficial sino notificarse personalmente a la interesada, a saber a la Viceprocuradora General de la Nación a quien iba dirigido y no al accionante pues este acto no fue el que modificó su situación jurídica.

En ese orden de ideas, para la Sala no es de recibo el argumento del demandante relacionado con la falta de competencia de la Procuradora General de la Nación (E) para expedir el acto administrativo que declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, pues ese acto administrativo de encargo le era oponible a quien iba dirigido y no debía publicarse por ningún medio general y menos aún notificarse o ponerse en conocimiento por algún medio especial al demandante.

En atención a lo previamente expuesto, la Sala entiende que el cargo de nulidad de falta de competencia de la Procuradora General de la Nación (E) para proferir el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento del señor Carlos Alberto Aramendiz Tatis, en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, no prospera, y en consecuencia debe proceder al análisis del segundo cargo presentado por el demandante relacionado con la desviación de poder.

2.3 RESOLUCIÓN DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO Y DEL CARGO DE DESVIACIÓN DE PODER

Para resolver el segundo problema jurídico la Sala considera necesario abordar: i) la naturaleza jurídica del cargo desempeñado por el demandante en la Procuraduría General de la Nación; ii) las formas de retiro del servicio en la Procuraduría General de la Nación, y iii) la noción jurídica de desviación de poder.

Lo anterior por cuanto el demandante aduce como segundo cargo que el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009⁴² proferido por la Procuraduría General de la Nación (E), es nulo por haberse incurrido en desviación de poder al ejercer la facultad discrecional de remoción, sobre un empleo de libre nombramiento y remoción, con fines particulares y políticos alejados del mejoramiento del servicio.

La naturaleza jurídica del cargo desempeñado por el demandante en la Procuraduría General de la Nación.

De conformidad con el artículo 125⁴³ de la Constitución Política, en la Administración Pública, existen empleos de libre nombramiento y remoción, de carrera administrativa, de elección popular, los trabajadores oficiales, y los demás que determine la Ley.

El Decreto Ley 262 de 2000, proferido por el Presidente de la República, por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación⁴⁴, con relación a la naturaleza jurídica de los cargos de

⁴² Por el cual fue declarado insubsistente su nombramiento.

⁴³ Constitución Política. Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley..

⁴⁴ Este decreto ley fue expedido por el Presidente de la República en atención a: i) el artículo 279 de la Constitución Política el cual consagra que la Procuraduría General de la Nación debe tener un régimen especial de carrera que debe ser desarrollado por la ley, u ii) el numeral 4° del artículo 1° de la Ley 573 de 2000 por la cual el congreso de la república revistió al Presidente de la República de facultades

esa entidad y la manera de proveerlos, en el artículo 182 vigente para la época en la cual fue expedido el acto administrativo de insubsistencia⁴⁵, dispuso:

Artículo 182. Clasificación de los empleos. Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:

1) De carrera

2) De libre nombramiento y remoción

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

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

(...)

- Procurador Judicial

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

Esta norma fue demandada por inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, la cual mediante sentencia C-146 de 7 de febrero de 2001, M.P. Dr. Alfredo Beltrán Sierra, declaró exequible, la expresión “*Procurador Judicial*”, con base en la siguiente fundamentación:

“(...) En efecto, igual que ocurre con los Procuradores Delegados, los Procuradores 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 decidir sobre la constitucionalidad de normas que incluídas en la Ley 27 de 1992 y en 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. (...)”

extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley a fin de modificar la estructura, el régimen de competencias y la organización de la Procuraduría General de la Nación.

⁴⁵ El Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 proferido por la Procuradora General de la Nación (E), que declaró insubsistente el nombramiento del actor.

Dado que el empleo desempeñado por el actor era el de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, de acuerdo con la normativa vigente al momento de la expedición del Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 de la Procuradora General de la Nación (E), mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento, ese cargo era de libre nombramiento y remoción.

No obstante, debe señalar la Sala que el artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, luego de la expedición del acto administrativo de insubsistencia acusado⁴⁶, fue nuevamente demandado por inconstitucional y en esa ocasión la Corte Constitucional a través de la sentencia C-101 de 28 de febrero de 2013 declaró inexecutable la consagración de los empleos de Procurador Judicial dentro de los cargos de libre nombramiento y remoción, pues indicó que no son de dirección, manejo o confianza del Procurador General de la Nación y en consecuencia deben ser considerados como cargos de carrera.

Dado que la sentencia C-101 de 2013 fue proferida con posterioridad a la expedición del acto administrativo demandado y a la presentación de la acción de nulidad y restablecimiento que ocupa a la Sala, ésta no resulta aplicable al caso concreto, pues de conformidad con la ley estatutaria de administración de justicia – Ley 270 de 1996, por seguridad jurídica los pronunciamientos de la Corte Constitucional solo producen efectos jurídicos hacia futuro salvo cuando esta misma corporación les dé un alcance diferente, lo cual no aconteció en la mencionada providencia. La Ley 270 de 1996 en su artículo 45 estableció lo siguiente:

⁴⁶ Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 proferido por la Procuradora General de la Nación (E), mediante el cual declaró insubsistente el nombramiento del actor.

Artículo 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.”

Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitución en la sentencia C-037 de 1996 y esa posición sobre los efectos a futuro de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional ha sido ratificada en la sentencia C-027 de 2012 en la cual señaló “Como se ha establecido en reiterada doctrina jurisprudencial a la Corte Constitucional le corresponde determinar el alcance y contenido de sus sentencias. De acuerdo con el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se establece que los efectos temporales de las sentencias “...tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario””.

En consecuencia, la Sala puede concluir que el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC desempeñado por el actor hasta el 1° de julio de 2009 no es de carrera, pues la decisión de la Corte Constitucional que le dio esa naturaleza no aplica a su caso en la medida en que fue posterior a la insubsistencia, por lo cual al resolver en concreto el cargo de desviación de poder se analizará el asunto teniendo como presupuesto que el demandante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción.

Establecido lo anterior, la Sala debe proceder a determinar cuál es la forma de retiro del servicio de los cargos de libre nombramiento y remoción en el sistema de carrera especial de la Procuraduría General de la Nación, dado que esto tendrá incidencia al momento de determinar en el caso concreto si esa facultad de retiro fue correctamente utilizada o hubo desvio de poder.

Las formas de retiro del servicio en el sistema de carrera especial de la Procuraduría General de la Nación.

De conformidad con el artículo 158 del Decreto Ley 262 de 2000⁴⁷, el retiro definitivo del servicio del puede ocurrir por las siguientes causas, entre ellas la insubsistencia discrecional:

Artículo 158. Retiro del servicio. El retiro definitivo de un servidor de la Procuraduría General de la Nación, se produce por:

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

La insubsistencia discrecional en los términos del artículo 165 del Decreto Ley 262 de 2000⁴⁸, opera por parte del nominador para la remoción de servidores que desempeñan cargos de libre nombramiento y remoción.

Artículo 165. Insubsistencia discrecional. Es la decisión que se produce en ejercicio de la facultad discrecional del nominador para remover a un servidor de la entidad que ocupe un empleo de libre nombramiento y remoción. Contra la resolución que declara la insubsistencia del nombramiento no procede recurso alguno.

Atendiendo a las normas previamente citadas observa la Sala que, en el régimen especial laboral de la Procuraduría General de la Nación, una de las

⁴⁷ Proferido por el Presidente de la República, por el cual se modifica la estructura, organización y se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación.

⁴⁸ Proferido por el Presidente de la República, por el cual se modifica la estructura, organización y se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación.

formas de retiro definitivo del servicio es la insubsistencia discrecional⁴⁹, la cual se aplica por mandato legal⁵⁰ a los servidores de esa entidad que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción e implica el uso de la facultad discreción del nominador bajo la cual en términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado puede *“apreciar las circunstancias de hecho y las de oportunidad y conveniencia que rodean la toma de la decisión, concediéndole la posibilidad de actuar o de no hacerlo, o de escoger el contenido de su determinación, siempre dentro de las finalidades generales inherentes a la función pública y las particulares implícitas en la norma que autoriza la decisión discrecional”*⁵¹ y, valorar, juzgar y escoger libremente la oportunidad y el contenido de su decisión⁵².

En ese orden, dado que el demandante argumenta como causal de nulidad la existencia de un vicio de desviación de poder en el acto que declaró insubsistente su nombramiento en un cargo de libre nombramiento y remoción de la Procuraduría General de la Nación, la Sala debe abordar el contenido jurídico de la noción de desviación de poder para luego proceder a analizar el cargo en concreto.

El contenido jurídico de la noción de desviación de poder

La desviación de poder de acuerdo con la doctrina⁵³ y la Jurisprudencia de esta Sala⁵⁴ se estructura cuando el fin que persigue el acto administrativo

⁴⁹ Decreto Ley 262 de 2000, artículo 158.

⁵⁰ Decreto Ley 262 de 2000, artículo 165.

⁵¹ Corte Constitucional, sentencia T-372 de 2002.

⁵² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 8 de mayo de 2003, referencia: 3274-02.

⁵³ GALINDO VÁCHA, Juan Carlos. Lecciones de derecho procesal administrativo, Volumen 1. Pág. 331. “Claro está que una actuación bajo la desviación de poder podrá dar lugar también a una falsa motivación, en la medida en que la actuación del ente administrativo sea movida por finalidad diferente de la plasmada en la ley y se trate de enmascarar ese indebido proceder en la motivación del acto. Dos criterios servirán, entre otros, para distinguir ambos vicios: a) la desviación de poder hay que buscarla en la intención o finalidad del obrar de la administración, es decir, por fuera del acto, mientras que la falsa o indebida motivación debe indagarse en el cuerpo del mismo; la falsa motivación es una discrepancia entre la razón expresada en el acto y la real, mientras que la desviación de poder es la discrepancia entre la finalidad legal o de interés público y el real motivo que condujo la actuación de la administración. Cada caso será diferente, y en cada indagación será preciso buscar los medios de

responde a intenciones particulares, personales o arbitrarias de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en oposición a la búsqueda de un fin acorde a las normas a las que debe someterse, es decir, que en la desviación de poder el fin no se haya en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico.

La jurisprudencia y la doctrina⁵⁵ también han clasificado las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, generalmente en grandes grupos: aquellos casos en que (i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (ii) el acto es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide; 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.

Ahora bien, atendiendo a la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, le corresponde al actor probar el supuesto de hecho constitutivo de la desviación de poder de manera clara y que *“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.”*⁵⁶, lo cual se debe apreciar de conformidad con las evidencias obrantes en el expediente observando la

prueba que sean procedentes, para lo cual se impone adecuada investigación del actuar público y una creativa solicitud de medios de probanza.”.

⁵⁴ consejo de Estado, sección Segunda. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gomez Aranguren. Sentencia de 27 de enero de 2011. Radicación número: 85001-23-31-000-2004-01989-02(0730-08). Actor: Gustavo Alfredo Gomez Guerra. Demandado: Departamento de Casanare.

⁵⁵ Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en “Le grands arrêts de la jurisprudence administrative” 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pag. 26 a 35.

⁵⁶ Sentencia de 31 de Agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Clara Forero de Castro.

concordancia entre unas y otras, así como su precisión o vaguedad de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En atención a lo anterior, para la Sala es válido concluir que: i) el cargo de Procurador Judicial desempeñado por el demandante, de conformidad con la ley⁵⁷ y la jurisprudencia de la Corte Constitucional vigente a la fecha de desvinculación, es de libre nombramiento y remoción, frente al cual ii) el nominador puede ejercer la potestad de retiro del servicio a través de la denominada “*insubsistencia discrecional*”⁵⁸ teniendo como sustento general el mejoramiento del servicio, y que iii) en atención a la presunción de legalidad del acto que ejerce esa facultad discrecional le corresponde al actor probar el defecto por el cual lo acusa, entre estos el de desviación de poder.

En ese orden de ideas, la Sala a continuación procederá a analizar en el caso concreto el cargo de desviación de poder.

Análisis del segundo cargo de nulidad relacionado con la configuración de una desviación de poder en el acto que declaró la insubsistencia.

En los escritos de demanda y de recurso de apelación el actor afirmó que la Procuradora General de la Nación (E) en el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 que declaró insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, incurrió en desviación de poder por cuanto ese acto fue proferido para satisfacer fines particulares y políticos y no para el mejoramiento del servicio.

La anterior acusación la sustenta el actor en que la doctora Maritza Brito Escobar quien inicialmente fue designada en su reemplazo no tenía destreza en asuntos administrativos, por cuanto se desempeñaba como Procuradora

⁵⁷ el artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000

⁵⁸ Decreto Ley 262 de 2000, artículos 158 y 165.

Judicial II en asuntos de Familia, y que el cargo en el cual fue declarado insubsistente tuvo varios titulares en un plazo de tres (3) de años.

Para acreditar el cargo de desviación de poder, el actor aportó como pruebas.

i) Copia del oficio de 15 de diciembre de 2003 expedido por la doctora Marta Clemencia Mendoza, en su calidad de Procuradora Primera Delegada ante el Consejo de Estado y dirigido al demandante en su calidad de Procurador 42 Judicial II de Riohacha en el cual se lee:

Quiero desearle muchas felicidades en este fin de año que terminamos fallos gracias con muy buenos resultados y gracias además a la excelente labor realizada por el despacho a tu cargo.

Felicitaciones porque has trabajado con mucha responsabilidad y eficacia, lo cual conoce el Procurador General de la nación. No obstante, el compromiso se hace mayor, pues es preciso aumentar los resultados en el año que viene, para obtener el máximo de rendimiento en el cumplimiento de nuestra misión como agente del ministerio público ante la jurisdicción contencioso administrativa, con lealtad y eficiencia en la gestión.

Recibe un abrazo cariñoso con los mejores augurios de bienestar y felicidad con los tuyos.”⁵⁹

ii) Copia de oficio N° 411 de 29 de abril de 2008 proferido por el Procurador General de la Nación dirigida al actor, en el cual se lee:

Como es de su conocimiento el control de gestión de los procuradores judiciales en las áreas de intervención, se ha institucionalizado a través del ejercicio de rendición de cuentas semestral y anual.

Es así como en el marco del cuarto encuentro académico realizado en los primeros días del mes de abril del año en curso, se dispuso de un espacio para evaluar en forma cualitativa y cuantitativa las diferentes labores que ustedes desarrollaron durante el año 2007 en ejercicio de la función misional de intervención ante autoridades judiciales en los procesos contenciosos administrativos, en los tribunales de

⁵⁹ Folio 132 del expediente cuaderno principal.

arbitramento y en la actividad conciliatoria judicial y extrajudicial, además de las funciones determinadas en el artículo 44 del Decreto 262 de 2000.

De la evaluación pormenorizada realizada su gestión cualitativa por parte del doctor Roberto Augusto Serrato Valdés, Procurador primero delegado ante el Consejo de Estado, a quien se le ha conferido la función de coordinación y vigilancia de las actividades de intervención tal como lo dispone el artículo 36 del decreto 200 de 2000 y el artículo 29 de la resolución 17/2 1000, se destaca que su labor superó los índices esperados, por lo cual me permito expresarles mi complacencia y felicitación por la labor desplegada y los invito a mantener el nivel de gestión cuantitativa en la actividad que les corresponde desarrollar como agente del ministerio público, tanto en materia intervención como en la función conciliatoria. (...).⁶⁰.

iii) Copia del oficio de 19 de mayo de 2008 proferido por el Procurador Primero Delgado ante el Consejo de Estado, dirigido al demandante en el cual se lee:

“De manera comedida remito copia del oficio mencionado en la referencia, por medio del cual el doctor Edgardo José Maya Villason, Procurador General de la Nación hace una evaluación de los resultados de su gestión, luego del IV encuentro académico realizado en los primeros días del mes de abril, resaltando su desempeño laboral.”⁶¹

iv) Copia del Decreto N° 932 de 28 de mayo de 2009 proferido por el Procurador General de la Nación, mediante el cual se designó en encargo al señor Carlos Alberto Aramendiz Tatis, Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, de las funciones de Procurador Regional de la Guajira, en el cual se lee “mientras se nombra y posesiona su titular”⁶².

v) Copias de decretos de insubsistencia de nombramientos de Procuradores Judiciales I y II expedidos por la Procuradora General de la Nación (E) entre el 30 de junio y el 3 de julio de 2009⁶³.

⁶⁰ Folio 139 del expediente cuaderno principal.

⁶¹ Folio 137 del expediente cuaderno principal.

⁶² Folio 134 del expediente cuaderno principal.

⁶³ Decretos 1269, 1062, 1275 de 2009, entre otros, proferidos por la Procuradora General de la Nación (E), entre otros, ver folios 84 a 108 del expediente –cuaderno principal-

vi) Copia del Decreto N° 1374 de 1° de julio de 2009 proferido por la Procuradora General de la Nación (E), mediante el cual se designó en encargo a la señora Maritza Esther Brito Escobar –Procuradora 24 Judicial II de Riohacha, de las funciones de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC, en el cual se lee *“mientras se posesiona su titular”*⁶⁴.

vii) Certificación de 30 de diciembre 2009 expedida por el Jefe de la División de Gestión Humana de la Procuraduría General de la Nación, en la cual se indica que la Dra. Maritza Esther Brito Escobar se desempeñó en el empleo de Procuradora 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC, entre el 13 de julio y el 4 de noviembre de 2009⁶⁵.

viii) Copias de las hojas de vida de los señores Carlos Agustín Caicedo Maestre⁶⁶ y Maritza Esther Brito Escobar⁶⁷, remitidas por el Coordinador del Grupo de Hojas de Vida de la Procuraduría General de la Nación.

De las pruebas antes relacionadas para la Sala no se evidencian los fines contrarios al mejoramiento del servicio que supuestamente inspiraron el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009 proferido por la Procuradora General de la Nación (E), que declaró insubsistente el nombramiento del actor y menos aún que la voluntad de la administración se dirigiera por razones particulares o políticas.

Esto por cuanto la existencia de varios actos administrativos que declararon insubsistencias de nombramientos de procuradores judiciales no denotan por sí solos un ánimo ilegal de la administración en el ejercicio de la facultad discrecional de remoción y la existencia de oficios de felicitaciones de

⁶⁴ Folio 116 del expediente - cuaderno principal

⁶⁵ Folio 121 del expediente - cuaderno principal

⁶⁶ Folios 1 a 47 del expediente - cuaderno de anexos N° 2.

⁶⁷ Folios 48 a 102 del expediente - cuaderno de anexos N° 2.

contenido general propias de la finalización del año de labores como ocurrió con el de 2003 proferido por la Procuradora Primera Delegada ante el Consejo de Estado, que además de haber sido expedido seis (6) años antes fecha de desvinculación del actor, no permite observar que el actor realizará un ejercicio por superlativo de la función pública como lo indica en la demanda, sino el normal exigible a quienes desempeñan cargos estatales.

Por otra parte, las hojas de vida de los doctores Maritza Esther Brito Escobar y Carlos Agustín Caicedo Maestre, quienes reemplazaron al actor en el cargo de Procurador Judicial II, aportadas al expediente, en lógica tampoco permiten inferir un desmejoramiento de la actividad estatal, pues de estos documentos se infiere que aquéllas personas contaban con idoneidad académica y profesional para el desempeño del cargo al punto que la primera de las mencionadas personas ya ejercía con amplia experiencia en un empleo de igual categoría al del demandante.

En ese mismo orden, puede señalarse que el hecho de que el actor haya sido encargado en otro empleo en la misma entidad y que el Procurador General de la Nación le haya extendido -así como a los demás procuradores judiciales- una felicitación general por buen desempeño, no permite inferir algo más allá del ejercicio de su labor en los estándares normales exigibles a cualquier servidor público y menos aún permite establecer que por esa razón el acto de insubsistencia atendió a fines particulares o políticos y no al mejoramiento del servicio.

Debe señalar la Sala que, el actor solicitó en el curso de la primera instancia como prueba que la Procuraduría General de la Nación aportara copia de los indicadores para el control y evaluación de la gestión suyos del último año y de las personas que lo remplazaron, lo cuales fueron decretados por el A Quo y aportados al expediente.

Estos indicadores evalúan varios componentes mensuales de gestión, tales como las actividades ante tribunales contenciosos administrativos, tribunales de arbitramento y/o juzgados administrativos⁶⁸, de conceptualización, de intervención probatoria, en la solicitud de pruebas, en materia de impugnación de decisiones, en la actividad conciliatoria extrajudicial y judicial, en conciliaciones arbitrales, de la presentación de acciones constitucionales, llamamientos en garantía y otros y de intervención en procesos disciplinarios, aspectos que al final arrojan un puntaje, el cual es el reflejo de las actuaciones mensuales realizadas en estos ítems y de la prestación del servicio.

En el expediente obran los indicadores para el control y evaluación de la gestión realizado por la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, para los distintos periodos mensuales de los señores Carlos Alberto Aramendis Tatis, Maritza Esther Brito Escobar, Carlos Agustín Caicedo y Juan Jacobo Barros Figueroa, quienes desempeñaron el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC, entre los años 2009 y 2010, los cuales se resumen en la siguiente tabla:

INDICADORES PARA EL CONTROL Y EVALUACIÓN DE LA GESTIÓN		
FUNCIONARIO - PROCURADOR JUDICIAL II DE RIOHACHA	PERIODO DE GESTIÓN	CALIFICACIÓN DE GESTIÓN
Carlos Alberto	Enero de 2009	221 puntos (Folio 244)
	Febrero de 2009	260 puntos (Folio 250)
	Marzo de 2009	432 puntos (Folio 255)
	Abril de 2009	305 puntos (Folio 261)

⁶⁸ Estos indicadores señalan el número de actuaciones del funcionario tales como conceptos, intervenciones, solicitudes y práctica de pruebas, objeciones a pruebas, recursos y actuaciones en las solicitudes de conciliación.

Aramendiz Tatis	Mayo de 2009	384 puntos (Folio 266)
	Junio de 2009	339 puntos (Folio 270)
Maritza Esther Brito	Julio de 2009	427 puntos (Folio 275)
	Agosto de 2009	417 puntos (Folio 280)
	Septiembre de 2009	505 puntos (Folio 285)
Carlos Agustín Caicedo	Noviembre de 2009	583 puntos (Folio 290)
	Diciembre de 2009	302 puntos (Folio 295)
	Enero de 2010	389 puntos (Folio 224)
	Febrero de 2010	459 puntos (Folio 229)
Juan Jacobo Barros Figueroa	Marzo de 2010	565 puntos (Folio 234)
	Abril de 2010	370 puntos (Folio 239)

Los anteriores indicadores mensuales de gestión, por razón de los componentes que los integran, permiten establecer un aspecto cuantitativo de la prestación del servicio en la Procuraduría 42 Judicial II Administrativa de Riohacha, código 3 PJ, grado EC, durante un periodo determinado de tiempo, desde el cual, contrario a lo afirmado por el demandante, no se evidencia un desmejoramiento de la función, pues durante el ejercicio de ese cargo por parte de los funcionarios Maritza Esther Brito Escobar, Carlos Agustín Caicedo y Juan Jacobo Barros Figueroa que fueron nombrados en reemplazo del actor no hubo una disminución de la gestión, por el contrario en la mayoría de estos periodos mensuales el indicador es superior al obtenido por el actor.

En estos términos, tras el análisis individual y conjunto de las pruebas que obran en el expediente, para la Sala en atención a las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia no se encuentra acreditado el cargo de nulidad de desviación de poder, motivo por el cual este no tiene vocación de prosperidad.

En estas condiciones, se concluye que la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. FALLA

CONFÍRMASE, la sentencia de 30 de octubre de 2013 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento incoada por el señor Carlos Alberto Aramendiz Tatis contra la Procuraduría General de la Nación por haber proferido el Decreto N° 1373 de 1° de julio de 2009, mediante el cual fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo de Procurador 42 Judicial II Administrativo de Riohacha, código 3 PJ, grado EC, de esa entidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

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



SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

GERARDO ARENAS MONSALVE

Ausente con excusa

CARMELO PERDOMO CUÉTER