



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCION "B"

Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.-

Bogotá D.C., Veinte (20) de agosto de dos mil quince (2015).-

Radicado No:	500012331000201000236-01
No. Interno:	3504-2014
Actor:	JUAN DE LA CRUZ AARON QUINTERO
Demandado:	PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN
Asunto:	ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta quien denegó las súplicas de la demanda incoada por el señor Juan de la Cruz Aaron Quintero contra la Procuraduría General de la Nación.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.-

En ejercicio de la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrado en el artículo 85 del Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Juan de la Cruz Aaron Quintero, actuando a través de apoderado judicial, acudió ante esta jurisdicción, con el objeto de acusar la legalidad del Decreto 003 de enero 13 de 2010, por medio de la cual, la Procuraduría General de la Nación declara insubsistente el nombramiento del referido accionante.”¹

Pretende el apoderado de la parte demandante se declare la nulidad del Decreto 003 de enero 13 de 2010, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento de Juan de la Cruz Aaron Quintero del cargo de Procurador 48 Judicial II Administrativo de Villavicencio, Código 3PJ, Grado EC.

Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, depreca se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de similares o superiores condiciones sin solución de continuidad, y se condene a la entidad demandada al pago

¹ La demanda obra a folios 2 al 20 del cuaderno principal.

de salarios y prestaciones, con sus incrementos e intereses respectivos, así como los perjuicios inmateriales causados al actor.

1.1. LOS HECHOS

1.1.1. El ciudadano Juan de la Cruz Aaron Quintero fue vinculado a la Procuraduría General de la Nación mediante Decreto No 2466 del 20 de octubre de 2006, en el cargo de Procurador 48 Judicial II Administrativo de Villavicencio, Código 3PJ, Grado EC.

1.1.2. Que el día 5 de diciembre de 2006, ante el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, el señor Juan de la Cruz Aaron Quintero tomó posesión del cargo de Procurador 48 Judicial II Administrativo de Villavicencio, Código 3PJ, Grado EC.

1.1.3. En octubre de 2009, al señor Juan de la Cruz Aaron Quintero ejerciendo las funciones como Procurador 48 Judicial II Administrativo de Villavicencio, le fue diagnosticado una neoplasia intraepitelial ojo derecho, con resección de tumor maligno, diagnostico que confirmó un cáncer en ojo derecho conocido como carcinoma escamocelular de conjuntiva.

- 1.1.4. En virtud de la afección de la salud del actor, la misma fue comunicada a la Procuraduría General de la Nación a través de su Jefe inmediato y al tiempo, solicitó permisos para asuntarse del despacho a su cargo a fin de asistir al tratamiento en la ciudad de Bogotá, hecho que no afectó su horario laboral ni su desempeño.
- 1.1.5. Con el Decreto 003 de enero 13 de 2010, el Procurador General de la Nación, Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, declaró insubsistente el nombramiento de Juan de la Cruz Aaron Quintero como Procurador 48 Judicial II Administrativo de Villavicencio, Código 3PJ, Grado EC y con el Decreto 008 de la misma fecha, siendo designado en el mismo cargo el doctor Eduardo Padilla Hernandez, quien tomó posesión el día 1 de febrero de 2010.
- 1.1.6. El Decreto 003 de enero 13 de 2010, expresa que rige a partir de su comunicación, la cual se hizo en fecha 14 de e de 2010 por parte del Secretario General de la Procuraduría General de la Nación vía fax a través de documento SG No 0087 de esa misma fecha.
- 1.1.7. Durante la relación laboral con la Procuraduría General de la Nación, el señor Juan de la Cruz Aaron Quintero, no recibió llamado de atención, ni sugerencias respecto del desempeño de sus funciones, precisando que se encuentra incurso en

investigación disciplinaria ante la Veeduría la cual viene radicada con el No IUS 2009-170518 y otra bajo el radicado No 2009-186675.

1.1.8. Que la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante Resolución No 5598 de agosto 25 de 2009, dispuso que las elecciones de Congresistas para el periodo constitucional 2010-2014 se llevarían a cabo el 14 de marzo de 2010.

1.1.9. Conforme al artículo 38 de la ley 996 de 2005, desde el 14 de noviembre de 2009 hasta el 14 de marzo de 2010, estaban prohibido a todo servidor público modificar la nómina de la entidad a su cargo, salvo los casos exceptuados en el párrafo de la misma norma, por lo que, declarar insubsistente equivale a modificar la nómina contrariando la ley de garantías electorales.

1.1.10. El último salario devengado por el accionante como Procurador 48 Judicial II Administrativo fue se quince millones trescientos cuarenta y un mil quinientos ochenta y dos pesos (\$15.341.582,00)

1.2. Normas violadas y concepto de su violación.-

De la Constitución Política de 1991, estima vulneradas los artículos 2, 35, 40, 90, 209, 243 y 227 de la Constitución Nacional; así como

también la ley 996 de 2005 y el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo.

El apoderado de la parte demandante invocó como cargos de nulidad, la existencia de desviación de poder.

En lo atinente al cargo de **desviación de poder**, alega que para la fecha de expedición del acto acusado, el mismo es violatorio del artículo 38 de la ley 996 de 2005, que prohíbe a todos los servidores públicos modificar la nómina de los entes territoriales o entidades, sobre los cuales ejercen la función nominadora y del artículo 26 del C.C.A, porque, no obstante ser discrecional el acto, no se adecua a los fines de la norma que la autoriza.

Considera que el Procurador General de la Nación al hacer uso de la facultad discrecional de declararlo insubsistente, no lo hizo con arreglo a la ley, es decir, que la finalidad no era mejorar el servicio.

Narra que la Corte Constitucional al realizar el control de constitucionalidad de la ley 996 de 2005, a través de la Sentencia C-1153 de 2005, eliminó las excepciones de los empleados públicos a quienes la norma había privilegiado del no cumplimiento de la prohibición, por lo que, debe entenderse que, todo el que tenga la

calidad de servidor público carece de sustento legal para modificar la nómina a si se trate de empleados de libre nombramiento y remoción, durante los cuatro meses anteriores a cualquier elección popular, salvo los casos taxativamente contemplados en el inciso final del párrafo de la norma en comento.

Que de acuerdo a lo anterior, el proceder del Procurador General de la Nación al declarar insubsistente al actor desconoce la prohibición del artículo 38 de la ley 996 de 2005.

Además, estima que el Decreto 003 de 2010, signado por el Procurador General de la Nación por si solo no evidencia una mejora del servicio público, por lo que le corresponde a la accionada probar lo contrario.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La Procuraduría General de la Nación, a través de apoderado debidamente constituido, presentó escrito de contestación a la demanda² y en el mismo se opuso a las suplicas formuladas por el actor bajo el siguiente razonamiento:

² Obrante a folio 110 al 141 del cuaderno principal

a. Inaplicabilidad de los artículos 32 y 38 de la ley 996 de 2005 respecto de la Procuraduría General de la Nación.

Arguye la entidad accionada que la prohibición de la ley de garantías sobre la no modificación de la nómina estatal se circunscribe taxativamente según el artículo 38 a la rama ejecutiva del poder público.

Asevera que el artículo 32 y el parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, son claros en establecer que la prohibición de modificar la nómina estatal en la época previa y en la de los comicios electorales, se aplica para la rama ejecutiva del poder público, enfatizando tal prohibición para los Gobernadores, Alcaldes municipales y Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de entidades descentralizadas del orden municipal, Departamental o Distrital en sus respectivas dependencias, por lo que, tal prohibición no cobija a la Procuraduría General de la Nación, al ser este último un órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder público.

b. De la facultad discrecional del Procurador General de la Nación.

Señala que conforme al Decreto 262 de 2000³, existen al interior de la Procuraduría General de la Nación tres clases de cargo: De carrera administrativa, de libre nombramiento y remoción y de periodo fijo.

Así mismo, aduce que de acuerdo a lo estatuido en el artículo 278 numeral 6 de la constitución Nacional, la potestad de nombrar y remover recae sobre el Procurador General de la Nación.

Que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 182⁴ del prenombrado Decreto 262 de 2000, el cargo de Procurador Judicial es de libre nombramiento y remoción

³ **ARTÍCULO 82. Clases de nombramiento.** En la Procuraduría General de la Nación se pueden realizar los siguientes nombramientos:

- a) Ordinario: para proveer empleos de libre nombramiento y remoción.
- b) En período de prueba: para proveer empleos de carrera con personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de méritos.
- c) Provisional: para proveer empleos de carrera definitivamente vacantes, con personas no seleccionadas mediante el sistema de méritos, mientras se provee el empleo mediante concurso.

Igualmente, se hará nombramiento en provisionalidad para proveer empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción temporalmente vacantes, mientras duren las situaciones administrativas o los movimientos de personal que generaron la vacancia temporal del empleo.

Parágrafo. Nadie podrá posesionarse en un empleo de la Procuraduría General de la Nación sin el lleno de los requisitos constitucionales y legales exigidos.

⁴ **ARTÍCULO 182. Clasificación de los empleos.** Los empleos, de acuerdo con su naturaleza y forma de provisión, se clasifican así:

- 1) De carrera
- 2) De libre nombramiento y remoción

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

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

- Viceprocurador General
- Secretario General
- Tesorero
- Procurador Auxiliar

Atendiendo a la naturaleza del empleo que ostentaba el actor, es decir, un cargo de libre nombramiento y remoción, el Procurador General de la Nación podía hacer uso de la facultad discrecional para remover a un funcionario que ocupase un empleado de tal categoría, por lo que, para el caso del doctor Aaron Quintero, quien se desempeñaba en la Procuraduría General de la Nación en el cargo de Procurador Judicial II, su nombramiento podía ser declarado insubsistente, precisamente, en uso de la facultad discrecional conferida al nominador por parte de los artículos 278 de la Constitución Nacional y 165 del Decreto 262 de 2000.

De igual manera, manifiesta que para ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción no se requiere de un factor único, sino que por el contrario, debe cumplirse con un conjunto de factores tales como la confianza, la acreditación de requisitos, la disponibilidad y acuciosidad para cumplir las funciones propias del cargo, por lo que, la

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

desvinculación del doctor Juan de la Cruz se produjo de igual forma a como ingresó, es decir, mediante acto legal fundado en la Carta Política y legislación vigente.

3. SENTENCIA APELADA.

El Tribunal Administrativo del Meta mediante la sentencia objeto del recurso de apelación, denegó las súplicas de la demanda con fundamento en los siguientes argumentos:

Que de conformidad con los artículos 82, 158, 165 y 182 del Decreto 262 de 2000, el retiro de un empleado público que ejerza un cargo de libre nombramiento y remoción en la procuraduría General de la Nación, puede producirse sin que requiera motivación alguna, dado que el nombramiento se realiza en ejercicio de la facultad discrecional del nominador de escoger, en beneficio del servicio, a quien tenga las condiciones de idoneidad para desempeñar la función.

Que para la fecha en que ocurrieron los hechos, el cargo de Procurador Judicial II ejercido por el actor, era de libre nombramiento y remoción, a pesar de la declaratoria de inexequibilidad realizada por la

Corte constitucional⁵, por lo que, el Procurador General de la Nación tenía la potestad de utilizar la figura de la insubsistencia discrecional para removerlo del cargo.

Y en cuanto a la presunta infracción a los artículos 32 y 38 de la ley 996 de 2005, señaló la Corporación en cita que es clara la prohibición establecida en la misma en cuanto que esta solo recae sobre la rama ejecutiva del poder público, siendo que la Procuraduría General de la Nación no hace parte de dicha estructura del poder público.

Considera que el artículo 38 de la ley 996 de 2005, contiene dos clases de prohibiciones: i. Una de carácter general para los servidores públicos y ii. Y las prohibiciones y restricciones para los Gobernadores, Alcaldes municipales o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, Departamental o Distrital.

Que respecto de la primera parte del artículo en comento, no se halla ninguna prohibición que haga referencia a la declaratoria de

⁵ Sentencia C-101 de febrero 28 de 2013 por medio de la cual, la Corte declara la inexecutable de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000, por vulneración del artículo 280 de la Constitución que ordena la equiparación en materia de “derechos” entre magistrados y jueces y los agentes del ministerio público que ejercen el cargo ante ellos, entendiéndose esta Corte que entre los derechos a homologar se encuentra el ser considerado de carrera administrativa. Cabe distinguir que una es la carrera judicial administrada por el Consejo Superior de la Judicatura y otra la carrera administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Por ello, la incorporación que procede respecto de los “procuradores judiciales” es a la carrera propia de la Procuraduría General de la Nación.

insubsistencia respecto de funcionarios que ejercen cargos de libre nombramiento y remoción. A contrario sensu, la referida norma si estableció prohibición para despedir funcionarios de carrera administrativa aduciendo razones de buen servicio, circunstancia que no puede equipararse a la del actor, como quiera que para la época de los hechos, el empleo que ostentaba el señor Aaron Quintero era de libre nombramiento y remoción.

Y en cuanto a las prohibiciones señaladas en el parágrafo del mencionado articulado, si bien se establece que no se podrá modificar la nómina del respectivo ente territorial o entidad dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones a cargos de elección popular, nótese que los sujetos destinatarios de la misma son los Gobernadores, Alcaldes municipales o Distritales, Secretarios, Gerentes y Directores de Entidades Descentralizadas del orden municipal, Departamental o Distrital.

Enfatiza en la interpretación dada por la Corte Constitucional al parágrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2005, en el sentido que, el enfoque del análisis realizado por la Corporación guardiana de la constitución se orienta a garantizar la transparencia del actuar administrativo, evitando que quien ejerza el poder en el respectivo ente territorial, distrital o departamental, practique algún tipo de presión sobre sus subalternos que pueda repercutir en favor del candidato de

su preferencia, por lo tanto, al ser la Procuraduría General de la Nación un órgano de control autónomo e independiente de fines electorales, mal podría atribuírsele la posibilidad de quebrantar la norma prohibitiva e incumplir sus fines.

Finalmente, en lo concerniente a la eficiente prestación del servicio por parte del demandante, señala que la noción de buen servicio no se contrae exclusivamente a las calidades laborales del servidor, sino que comprende aspectos de conveniencia y oportunidad, cuyo análisis es del fuero interno del nominador.

4. DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACION.

El recurso tiene como finalidad que la providencia recurrida sea revocada y en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda y, para ello invocó las siguientes razones:

Sostuvo el libelista que el fallo apelado desconoce la fuerza vinculante de las decisiones que tiene el sello de cosa juzgada constitucional, entre las que se encuentra de manera específica la sentencia C- 1153 de 2005, a través de la cual, la Corte Constitucional realizó el estudio de constitucionalidad de la ley 996 de 2005.

De otra parte, alega que la aludida sentencia no valoró el acervo probatorio arrojada al plenario, toda vez que, con las pruebas testimoniales y documentales existentes permiten que se accedan a las pretensiones de la demanda, como quiera que con las mismas se prueba la afectación en el servicio como consecuencia del retiro del accionante.

Reitera que con la insubsistencia del actor y el posterior nombramiento del señor Padilla Hernandez, se desmejoró el servicio, tal como se acredita con las pruebas testimoniales rendida por los declarantes Gustavo Rossi, Marlon Cabrera Daza y Piedad Torres Gaitán.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado intervino en el presente asunto, dentro del término legal establecido, con el objeto de solicitar que se confirme la providencia recurrida, con base en los siguientes argumentos:

Considera que la presente controversia corresponde deberá determinarse si el fallo de inexecutable del artículo 38 de la ley 996 de 2005, adoptado por medio de la sentencia C-1153 de 2005, le impuso al Procurador General de la Nación la prohibición de retirar

personal sin importar la forma de vinculación y, si con la decisión de insubsistencia del actor, se produjo desmejora en el servicio.

Conceptúa la vista fiscal que el Jefe del Ministerio Público como nominador, se halla comprendido dentro del rango de empleado del Estado, a quienes le impele coercitivamente a despedir por razones del servicio a personal aforado por el sistema de administración de personal conocido como de carrera administrativa, elemento éste, estructural de la adecuación típica restrictiva de sus funciones de remoción, el que, en el caso del actor no se cumple por la potísima razón de que era funcionario de libre nombramiento y remoción, no afecto a la relativa garantía de estabilidad.

Si bien el Ministerio Público al momento de conceptuar dentro del proceso de constitucionalidad de la ley 996 de 2005, avalaba la absoluta imposibilidad de retirar del servicio en los tiempos electorales sin atender la forma de vinculación, también lo es que, la misma no se puede tener como una *ratio decidendi*, al ser destacada por la Corte Constitucional para decidir la inexecutable de los apartes afectados con tal decisión, pues, la misma no tiene la envergadura de vinculante que le imprime el censor para de ahí fundar sus suplicas, pues, el ingrediente de ingreso no fue abordado ni en el concepto, ni menos, tocado por la decisión del juez constitucional.

En segundo orden, aborda el estudio de la discrecionalidad, la desviación de poder y el desmejoramiento del servicio alegado por el demandante. Es así como, en lo atinente a la discrecionalidad, señala que el nominador puede hacer uso de la facultad discrecional, por cuanto la designación no está amparada por fuero de relativa estabilidad, por lo que puede terminarse la vinculación declarando la insubsistencia de dicho nombramiento, en tanto la relación laboral existente en esas condiciones es precaria.

En lo referente a la desviación de poder, estima que si bien se acopiaron declaraciones de excompañeros de labores que informaron sobre el cumplimiento de los deberes por parte del libelista, también pusieron de presente que no ocurrió el desmejoramiento del servicio del Ministerio Público en la ciudad de Villavicencio, por lo tanto, la aludidas declaraciones se asimilan a comentarios subjetivos de los deponentes que no fundamentan el desmejoramiento del servicio, en cuanto giran, más que todo, a la calidad humana de la persona del demandante.

I. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

Atendiendo a los argumentos expuestos por la parte demandante, los motivos de oposición aducidos por la parte accionada, así como los

razonamientos del Ministerio Público y el material probatorio obrante en el expediente, la Sala decidirá el asunto sometido a su consideración, fijando para ello el siguiente:

6. Problema Jurídico.-

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación incoado contra la sentencia de fecha catorce (14) de mayo de dos mil catorce (2014), proferida por el Tribunal Administrativo del Meta y en virtud de ello, determinar si la Procuraduría General de la Nación como órgano autónomo e independiente de las ramas del poder público estaba obligada a cumplir la prohibición contenida en la ley 996 de 2005, específicamente, sobre los artículos 32 y 38 de la referida ley estatutaria y, en consecuencia, establecer si le es aplicable al Procurador General de la Nación la prohibición de retirar personal en empleos de libre nombramiento y remoción en épocas preelectorales o si en su defecto, ésta solo es extensible a los órganos del poder ejecutivo, por lo que, el Decreto 003 de enero 13 de 2010, no estaría afectado por la causal de nulidad alegada por el demandante.

Para resolver este cuestionamiento se hace necesario realizar las siguientes precisiones:

- 6.1. La Sala abordará el tema sometido a consideración, estableciendo i) La naturaleza del cargo ocupado por el demandante; ii) Límites o

extensión de las restricciones y prohibiciones establecidas en los artículo 32 y 38 de la ley 996 de 2005, conforme a la sentencia de inexequibilidad C-1153 del once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005) y, iii) El caso que demanda la atención de la Sala, consistente en analizar si el acto acusado fue expedido con desconocimiento de la prohibición contenida en la ley 996 de 2005.

6.1.1. De la naturaleza del cargo

El artículo 125 de la Carta Política prescribe que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, con excepción de los cargos de elección popular, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley, y, esta misma disposición regula la designación por concurso público, cuando el sistema de nombramiento no se provea como de libre nombramiento y remoción.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que, en efecto, la norma general en materia de vinculación a la administración pública es el régimen de carrera administrativa, y como excepción se encuentran los de libre nombramiento y remoción, por supuesto, siendo distintas las condiciones en materia de ingreso, permanencia, promoción y desvinculación entre una y otra, ya que el empleado nombrado bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción está supeditado a las facultades discrecionales que el legislador le ha otorgado a

determinados funcionarios para ejercer una labor política o que requiera de colaboración de su más absoluta confianza para el logros de los fines.

Pues bien, para el caso de la Procuraduría General de la Nación, el Presidente de la Republica expidió el Decreto No 262 de 2000, por medio de la cual, se modificó la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público, y estableció entre otras cosas, la siguiente clasificación de los empleos:

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

- 1) De carrera
- 2) De libre nombramiento y remoción

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

Los empleos de libre nombramiento y remoción son:

- Viceprocurador General
- Secretario General
- Tesorero
- Procurador Auxiliar
- Director

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

Como se observa, de acuerdo a la clasificación de los empleos en la Procuraduría General de la Nación, el cargo de Procurador Judicial se encontraba ubicado dentro de los de libre nombramiento y remoción.

No puede pasarse por alto que mediante sentencia C-101 del 28 de febrero de 2013, la H. Corte Constitucional declaró la inexecutable de la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000,

por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política; sin embargo, debe recordarse igualmente, que por regla general, los efectos de las sentencias solo cobijan situaciones posteriores a ella, en virtud de que es precisamente con la sentencia que se tiene certeza acerca de la existencia del derecho o de la forma como debe ser aplicado⁶.

De acuerdo a lo anterior, es claro para la Sala que si bien la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2), del artículo 182, del Decreto Ley 262 de 2000 fue declarada inexecutable, también lo es que, ésta solo produce sus efectos con posterioridad –*ex nunc*- a la prenombrada sentencia, de tal suerte que, como los hechos que ocupan la atención de esta judicatura sucedieron en fecha 13 de enero de 2010, la condición de empleo de libre nombramiento y remoción que tenía el cargo de procurador judicial para esa época queda incólume, permitiendo concluir que, el empleo que ostentaba el señor Juan de la Cruz Aaron Quintero sin duda alguna era de aquellos denominados o clasificados como de libre nombramiento y remoción.

6.1.2. Límites o extensión de las restricciones y prohibiciones establecidas en los artículo 32 y 38 de la ley 996 de 2005, conforme a la sentencia de inexecutable C-1153 del once (11) de noviembre de dos mil cinco (2005)

Al reformarse parcialmente la Constitución Política para consagrar la reelección presidencial, el Acto Legislativo No. 2 del 2004 se ocupó de prohibir a los

⁶ Sentencia C-037 de 1996 la cual señaló lo siguiente: “(...)De conformidad con lo expuesto, entonces, habrá de declararse únicamente la executable de la expresión “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”, contenida en el artículo que se examina...”

empleados de la rama judicial, de los órganos electorales, de control y de seguridad, "tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas", y ordenó que para los demás empleados, la ley estatutaria debería señalar las condiciones para su participación en tales actividades.⁷

En cumplimiento de la norma constitucional fue expedida la ley 996 del 2005⁸; ella regula distintos aspectos de las elecciones presidenciales, con o sin la participación del Presidente y el Vicepresidente en ejercicio como candidatos; y en el Título III, aplicable en todos los procesos electorales para cargos de elección popular, desarrolla la "participación en política de los servidores públicos", estableciendo para el efecto varias prohibiciones dirigidas a los "empleados del Estado", sin distinción, a las cuales agrega otras destinadas expresamente a las autoridades locales.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profirió la sentencia C-1153 de noviembre 1 de 2005, en ejercicio de la revisión oficiosa del proyecto de Ley Estatutaria N° 216/05 Senado, N° 235-Cámara, "por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de

⁷ Acto Legislativo No. 2 del 2004 (dic.27), "Por el cual se reforman algunos artículos de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones". D. O. No. 45.775 de dic.28/04. Art. 1º: "Modificanse los incisos 2º y 3º del artículo 127 de la Constitución Política y adiciónanse dos incisos finales al mismo artículo, así: / A los empleados del Estado que se desempeñen en la Rama Judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo se les aplican las limitaciones contempladas en el artículo 219 de la Constitución. / Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la Ley Estatutaria. (...)"

⁸ Ley 996 de 2005 (nov. 24), "Por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones." D. O. No. 46.102 de nov. 24/05.

Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones.

En dicho ordenamiento legal, se establecieron algunas prohibiciones o limitaciones entre las cuales, se encuentra la consagrada en el artículo 32 de la referida ley estatutaria que a su tenor reza de la siguiente manera:

“Artículo 32. Vinculación a la nómina estatal. Se suspenderá cualquier forma de vinculación que afecte la nómina estatal, en la Rama Ejecutiva del Poder Público, durante los cuatro (4) meses anteriores a la elección presidencial y hasta la realización de la segunda vuelta, si fuere el caso. Se exceptúan de la presente disposición, los casos a que se refiere el inciso segundo del artículo siguiente...”

La limitación o restricción que el legislador estableció respecto de la garantía laboral en lo atinente a la no afectación de la nómina en épocas prelectorales, no resulta sino solo aplicable a la rama ejecutivo del poder público.

En ese sentido, considera la Sala que la restricción o limitación establecida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005 debe entenderse de manera restrictiva, es decir, que no puede hacerse extensiva la misma a los demás órganos del Estado, por que de haber sido esa la interpretación que se le debía dar a dicho texto legal- extender la prohibición a los demás entes estatales- , el mismo legislador así lo hubiese delimitado, tal como si sucedió con el artículo 33 de la referida ley, en la cual, de manera expresa y sin equívoco alguno, estableció la limitación de contratación directa en todos los entes del Estado. O en su defecto, el órgano rector y guardián de la constitución al momento de pronunciarse sobre el estudio o control de

constitucionalidad de la misma lo habría dejado por sentado, tal como ocurrió con los apartes declarados inexecutable del artículo 38 de la pluricitada ley.

En congruencia con lo antes señalado, la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto con radicación 1720, sobre las restricciones y prohibiciones contenidas en los artículo 32 y 33 de la ley 996 de 2005 y reiterado en el concepto de fecha 10 de junio de 2010, radicado No 11001-03-06-000-2010-00066-00, Número interno 2.011, dijo:

"En este orden de ideas, la interpretación sistemática de las disposiciones consagradas en los artículos 32, 33 y el párrafo del artículo 38 de la ley 996 de 2.005 lleva a concluir que dichas normas contienen restricciones y prohibiciones para periodos preelectorales diferentes; las dos primeras, de manera específica para los cuatro meses anteriores a la elección presidencial; el último, de manera más genérica para los cuatro meses anteriores a las elecciones para cualquier cargo de elección popular a que se refiere la ley– incluido el de Presidente de la República–; de manera que dichas restricciones no se excluyen sino que se integran parcialmente, lo que permite concluir que en periodo preelectoral para elección de Presidente de la República, a todos los entes del Estado, incluidos los territoriales, se aplican las restricciones de los artículos 32 y 33 con sus excepciones, así como las del párrafo del artículo 38. En cambio, para elecciones en general, excluyendo las correspondientes a Presidente de la República, a las autoridades territoriales allí mencionadas sólo se aplican las restricciones contenidas en el párrafo del artículo 38.

El hecho de que los artículos 32 y 33 de la ley 996 de 2.005 contengan prohibiciones y restricciones aplicables, las primeras en la Rama Ejecutiva; las segundas a todos los entes del Estado, específicamente para el periodo que precede las elecciones presidenciales, mientras que el párrafo del artículo 38 *ibídem*, abarca un periodo preelectoral más genérico, con prohibiciones aplicables sólo a autoridades territoriales, hace que en sana hermenéutica no sea posible hacer extensivas las excepciones que el artículo 33 consagra para las prohibiciones y restricciones de los artículos 32 y 33, a las prohibiciones del artículo 38 párrafo, pues no sólo se

refiere a dos postulados de conducta diferentes, sino que se trata de normas de carácter negativo cuya interpretación es restrictiva; y además no puede olvidarse que el legislador en el artículo 32 de la ley en comento, expresamente extendió la excepción a las restricciones contenidas en el artículo 33, únicamente para los casos de prohibición enunciados por dicho artículo 32".

Nótese entonces, que la restricción contenida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005 resulta aplicable solo a la rama ejecutiva, mientras que las prohibiciones establecidas en el artículo 38 y parágrafo de la misma norma resultan aplicables a todos los entes del Estado. Ello por cuanto que, con la suspensión de las vinculaciones que afecten a la nómina estatal durante el periodo en que el candidato Presidente puede estar en campaña electoral, constituye una garantía de una mayor equidad de condiciones entre este candidato- presidente- y los demás aspirantes a la Presidencia de la República, en cuanto a través de esas vinculaciones se pueden buscar favores políticos.

Así mismo, el artículo 38 de la ley citada en precedencia instituyó las siguientes prohibiciones:

“Artículo 38. Prohibiciones para los servidores públicos. A excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución, les está prohibido:

1. Acosar, presionar, o determinar, en cualquier forma, a subalternos para que respalden alguna causa, campaña o controversia política.
2. Difundir propaganda electoral a favor o en contra de cualquier partido, agrupación o movimiento político, a través de publicaciones, estaciones oficiales de televisión y de radio o imprenta pública, a excepción de lo autorizado en la presente ley.
3. Favorecer con promociones, bonificaciones, o ascensos indebidos, a quienes dentro de la entidad a su cargo participan en su misma causa o campaña política,

sin perjuicio de los concursos que en condiciones públicas de igualdad e imparcialidad ofrezcan tales posibilidades a los servidores públicos.

4. Ofrecer algún tipo de beneficio directo, particular, inmediato e indebido para los ciudadanos o para las comunidades, mediante obras o actuaciones de la administración pública, con el objeto de influir en la intención de voto.

5. Aducir razones de "buen servicio" para despedir funcionarios de carrera por razones políticas, durante los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones.

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

Parágrafo. Los Gobernadores, Alcaldes Municipales y/o Distritales, Secretarios, Gerentes y directores de Entidades Descentralizadas del orden Municipal, Departamental o Distrital, dentro de los cuatro (4) meses anteriores a las elecciones, no podrán celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades a su cargo, como tampoco de las que participen como miembros de sus juntas directivas, en o para reuniones de carácter proselitista en las que participen los candidatos a cargos de elección popular. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

Tampoco podrán inaugurar obras públicas o dar inicio a programas de carácter social en reuniones o eventos en los que participen candidatos a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, el Congreso de la República, Gobernaciones Departamentales, Asambleas Departamentales, Alcaldías y Concejos Municipales o Distritales. Tampoco podrán hacerlo cuando participen voceros de los candidatos.

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

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

Ahora bien, los textos subrayados fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante [sentencia C-1153 de 2005](#). En ese orden, el referido artículo 38 establece algunas prohibiciones, en principio, para los servidores públicos autorizados por la Constitución para el ejercicio de actividad política.

Lo anterior permitiría pensar que tal restricción estaría orientada a los servidores públicos que hacen parte de la rama del poder ejecutivo, por cuanto que, serían aquellos que sin duda alguna tienen una alta vocación o componente político, razón por la que, dentro de las prohibiciones se encuentran el presionar a sus subalternos para que apoyen determinada causa política, el difundir propaganda electoral en medios de comunicación oficiales, el favorecer laboralmente a quienes dentro de su entidad participen en igual causa política, el ofrecer beneficios a los ciudadanos para influir en su intención de voto y el despedir funcionarios de carrera por razones de buen servicio entre otras.

Sin embargo, tanto la Procuraduría General de la Nación como la Defensoría del Pueblo, al intervenir en el proceso de constitucionalidad en comento, sostuvieron que el inciso primero del artículo 38 se prestaba para entender que los funcionarios de la rama judicial, los de los órganos electorales, de control y de seguridad, al no estar incluidos expresamente, no se verían cubiertos por tales prohibiciones y podrían desconocerlas sin que tal conducta fuera reprochada, para lo cual, solicitaron se declarase inexecutable la expresión *“a excepción de los empleados del Estado que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y de seguridad”* y la palabra *“demás”* contenidas en el inciso primero del artículo prenombrado artículo.

En efecto, la Corte Constitucional al compartir la postura esgrimida por el Ministerio Público y, al considerar que para evitar todo tipo de equívoco en cuanto a la extensión de la prohibición a todos los servidores públicos, declaró⁹ inexecutable las expresiones a *“excepción de”* y *“que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución”*, quedando de esa manera claro que los sujetos pasivos de las prohibiciones enunciadas son todos los servidores públicos.

Lo anterior permite inferir que el propósito pretendido con la prohibición – como es la de garantizar en particular la moralidad, la imparcialidad y la eficacia en el cumplimiento de las funciones- , de acuerdo al pronunciamiento del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, no solo es aplicable a los servidores públicos que hacen parte de la rama ejecutiva sino que, se extiende a todos los servidores en general, entre los que se encuentran, precisamente, aquellos que habían sido objeto de excepción en el texto original de la norma, valga decir, a los órganos de control.

Empero, el numeral quinto (5) del mencionado artículo 38 de la ley 996 de 2005, prohibió a los servidores públicos de cualquier ente del Estado, despedir a funcionario de carrera administrativa alegando razones de buen servicio, no siendo extensible tal limitación a los empleados de libre nombramiento y remoción.

⁹ Ver sentencia C-1153-2005 en la cual, la corte constitucional señaló lo siguiente: “(...) La Sala comparte las opiniones arriba expuestas. No obstante, estima que para evitar todo tipo de equívoco en cuanto a la extensión de esta prohibición a todos los servidores públicos se hace preciso declarar inexecutable las expresiones a *“excepción de”* y *“que se desempeñen en la rama judicial, en los órganos electorales, de control y seguridad, a los demás servidores públicos autorizados por la Constitución”*. Únicamente de esta manera habrá total claridad en que los sujetos pasivos de las prohibiciones enunciadas son todos los servidores públicos...”

A manera de colofón, debe precisar la Sala, que la limitación contenido en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, debe interpretarse en su sentido restrictivo-tal como lo realizó la H. Corte Constitucional-, es decir, que los destinatarios de la misma solo resultan ser los servidores de la rama ejecutiva del poder público, quienes tiene un mayor poder de nominación y un alto componente político, todo ello en aras de salvaguardar los principios de la función administrativa contenido el artículo 209 de la Carta Superior.

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

6.1.3. El caso que demanda la atención de la Sala, consistente en analizar si el acto acusado fue expedido con desconocimiento de la prohibición contenida en la ley 996 de 2005.

La parte demandante a través del memorial recurso, deprecia sea revocada la providencia apelada, al considerar que la misma está afectada de nulidad por desviación de poder, toda vez que fue expedido con flagrante violación de la ley 996 de 2005 o ley de garantías, como quiera que para la época de la desvinculación estaba vigente la prohibición de modificar la nómina estatal, así como también, estima que con la insubsistencia del actor se desmejoró la prestación del servicio.

Respecto de la desviación de poder alegada por la expedición del Decreto No 003 de enero 13 de 2010, debe indicarse que no le asiste razón al libelista, pues, como bien se dejó ilustrado en líneas precedentes, el contenido prohibitivo contenido en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, que es la disposición que suspende la vinculación a la nómina estatal, no resulta aplicable a la Procuraduría General de la Nación como órgano de control autónomo e independiente de las ramas del poder y especialmente, del poder ejecutivo.

Bajo ese hilo de pensamiento, se tiene que los destinatarios de la restricción estatuida en el plurimencionado artículo 32 de la ley 996 de 2005, solo son los servidores de la rama ejecutiva del poder público, por lo que, al ser la Procuraduría General de la Nación un órgano autónomo y diferente de la rama ejecutiva, no quedaba cobijado por el contenido limitante o restrictivo del artículo en comento.

De lo argüido por el demandante se observa que el mismo pretendió desconocer el contenido restrictivo que el legislador le imprimió a la prohibición establecida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, como quiera que no es cierto que todos los entes del Estado resultaban destinatarios de la prohibición ahí consagrada, de suerte que, si el legislador utilizó la expresión "rama ejecutiva" en el artículo 32 de esta ley, es claro que fue su intención que la vinculación a la nómina estatal encajara únicamente dentro de la noción de rama ejecutiva.

Por lo anterior, la prohibición de no vinculación a la nómina estatal contenida en el artículo 32 de la ley 996 de 2005, no deviene aplicable al Procurador General de la Nación, por lo que, al expedir el Decreto 003 de enero 13 de 2010 que declaró

insubsistente al demandante y en su reemplazo, vinculó a dicho cargo al doctor Eduardo Padilla Hernandez , no denota un actuar *contra legem* o con desviación de poder sino todo lo contrario, es decir, que la decisión demandada se produjo bajo la facultad nominadora y discrecional que la constitución y el decreto 262 de 2000 le confería.

De igual forma, en lo relacionado con la prohibición establecida en el numeral quinto (5) del artículo 38 de la ley 996 de 2005, tampoco encuentra la Sala que la misma haya sido quebrantada por el Decreto 003 de 2010, toda vez que, como bien se dejó indicado en el punto 6.1.1. de este proveído, el señor Juan de la Cruz Aaron Quintero estuvo vinculado al cargo de Procurador Judicial II Administrativo de Villavicencio, empleo que para la época en que sucedieron los hechos se clasificaba como de libre nombramiento y remoción, por lo que, si la prohibición de no remoción era destinada a los servidores de carrera administrativa, al no ser el cargo que desempeñaba el actor de esa naturaleza sino de libre nombramiento y remoción, la prohibición tampoco resultaba aplicable para su situación, por lo que, el decreto acusado preserva su presunción de legalidad.

Y finalmente, respecto de la afectación del servicio generada como consecuencia del retiro del demandante, cuenta el proceso con las declaraciones juramentadas de los señores Alejandro Montoya Sánchez, Gustavo Russi Suarez, Marlo Cabrera Daza, Yuri Andrés Betancourt y Marlon Cabrera Daza.

Si bien es cierto que milita en el plenario los testimonios de los declarantes relacionados en precedencia, también lo es que, las mismas no acreditan la afectación del servicio que alega la parte actora se causó con su retiro de la Procuraduría General de Nación. Es así como las manifestaciones vertidas

en las aludidas declaraciones hacen mención de las calidades del demandante no solo en su roll profesional sino en su componente personal, pero para nada aluden a la desatención de los oficios públicos a cargo de la Procuraduría Judicial 48 II Administrativa de Villavicencio con posterioridad a la dejación del empleo por parte del accionante.

En conclusión, se mantiene la presunción de legalidad del acto acusado, en razón de no demostrarse el cargo de desviación de poder que fuera invocado en la demanda, por lo que se impone la confirmación del fallo de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

II. DECISION

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,

FALLA

CONFIRMASE la sentencia de fecha 14 de mayo de 2014, por la cual, el Tribunal Administrativo del Meta denegó las pretensiones de la demanda formulada por Juan de la Cruz Aaron Quintero contra la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Consejera

GERARDO ARENAS MONSALVE

Consejero



CARMELO PERDOMO CUETER

Consejero